

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS, HUMANAS E DA SAÚDE

Lívia Cunha Figueiredo

INCOMPATIBILIDADE DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS COM O
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Belo Horizonte

2017

Livia Cunha Figueiredo

**INCOMPATIBILIDADE DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS COM O
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições sociais, direito e democracia

Linha de Pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F475i Figueiredo, Livia Cunha, 1990-
Incompatibilidade dos alimentos compensatórios
com o sistema jurídico brasileiro / Livia Cunha Figueiredo.
– Belo Horizonte, 2017.
81 f. ; 29,7 cm

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi
Co-orientador: Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Direito de família - Brasil. 2. Alimentos (Direito
de família) - Brasil. 3. Regime de bens - Brasil. I. Título.
II. Gambogi, Luís Carlos. III. Freitas, Sérgio Henriques
Zandoná. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de
Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.615



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Profª. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra _____

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza _____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

MESTRANDA: LIVIA CUNHA FIGUEIREDO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“INCOMPATIBILIDADE DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS COM O
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO”**

NOTA: (100) *com pontos* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 10/11/2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais por todo amor incondicional e apoio, sem os quais jamais teria conseguido alcançar este sonho.

Aos meus irmãos Mateus e Ana Cristina pelo exemplo.

Aos meus avós presentes e ausentes, tios e primos que torcem por mim e acreditam no meu sucesso.

Ao Rudjeri pelo carinho, amor, dedicação e apoio.

Amo todos vocês!

Ao Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi pela orientação, ensinamentos e paciência durante esta jornada.

Ao Prof. Dr. Sérgio Zandona pelos ensinamentos e paciência desde a graduação.

À Universidade FUMEC por me formar como bacharela e mestra.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente estudo analisa os alimentos compensatórios e sua compatibilidade e aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. No Direito de Família brasileiro, os alimentos compensatórios são um instituto doutrinário, com previsão no Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, compreendendo a indenização devida ao ex-cônjuge, após o divórcio ou dissolução de união estável, que durante a vida conjugal não acumulou patrimônio próprio. Os objetivos do presente trabalho são analisar os alimentos compensatórios em todos os seus aspectos, além de examinar os regimes de bens e as prestações alimentares já previstas no ordenamento jurídico. O método dedutivo, feito por meio de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, foi eleito como modo de alcançar os resultados obtidos. A pesquisa realizada demonstra que o conceito de alimentos compensatórios é pouco compreendido pelos juristas, sendo aplicado erroneamente pelos Tribunais de todo o país em decisões baseadas em doutrina pátria que tratam desse conceito. Ainda, indica que os alimentos compensatórios possuem natureza jurídica indenizatória, não obstante não apresentem qualquer característica atinente à responsabilidade civil e indenização. Além disso, sua utilização incorreta põe fim ao regime de separação de bens e vai contra a finalidade dos regimes de comunhão parcial e participação final nos aquestos, podendo ser substituídos em sua finalidade pelos alimentos civis. Ademais, a criação dos alimentos compensatórios faz com que o Direito de Família retroaja, por facilitar a intervenção estatal na vida privada, aspecto muito criticado pelos juristas da área, que tanto têm se dedicado para combater essa prática. Diante dos argumentos construídos por meio da pesquisa, conclui-se pela incompatibilidade desse instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito de Família. Autonomia privada. Alimentos compensatórios. PLS nº 470/2013.

ABSTRACT

The present study analyzes the compensatory alimony and its compatibility and applicability to the Brazilian legal system. In Brazilian family law, compensatory alimony are a doctrinal Institute, with prediction of Senate Bill number 470/2013, comprising the compensation due to the former spouse after the divorce or dissolution of stable Union during married life not accumulated equity itself. The objectives of this study are to analyse the compensatory alimony in all its aspects, besides to reviewing the schemes of goods and alimony already foreseen in the legal system. The deductive method, done by means of bibliographical research and case law, was elected as a way to achieve the results. The survey demonstrates that the concept of compensatory alimony is little understood by jurists, being wrongly applied by Courts across the country in decisions based on doctrine homeland dealing with this concept. Still, indicates that compensatory alimony have legal indemnity compensation, despite present no characteristic terms to liability and compensation. In addition, your misuse puts an end to the regime of separation of property and goes against the purpose of partial and final participation in assets acquired during de relationship and can be replaced in purpose by the alimony. Furthermore, the establishment of compensatory alimony retroactive family law for facilitating State intervention in private life, much criticised by legal experts in the area, which both have been devoted to combat this practice. On the arguments constructed by means of research, concluded by the incompatibility of this Institute with the Brazilian legal system.

Keywords: Family law. Private autonomy. Compensatory alimony. Senate Bill number 470/2013.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	– artigo
BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
BGH	– Bundesgerichtshof (Suprema Corte alemã)
CC/1916	– Código Civil de 1916
CR/1988	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC/2002	– Código Civil de 2002
Inc.	– inciso
PLS	– Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	12
3 PRINCIPIOLOGIA	24
3.1 Princípio da dignidade humana	24
3.2 Princípio da solidariedade	25
3.3 Princípio da igualdade	26
4 DOS ALIMENTOS	28
4.1 Da natureza jurídica	28
4.2 Características da obrigação alimentar	29
4.2.1 Alimentos como direito personalíssimo	30
4.2.2 Irrenunciabilidade	30
4.2.3 Impenhorabilidade	31
4.2.4 (In)transmissibilidade	31
4.2.5 Imprescritibilidade	33
4.2.6 Irrepetibilidade	34
4.2.7 Alternatividade	34
4.3 Do trinômio possibilidade x necessidade x proporcionalidade	35
4.4 Alimentos compensatórios x alimentos ressarcitórios	38
5 DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS	42
5.1 Conceito	42
5.2 Origem e Direito comparado (Alemanha, França, Espanha e Argentina)	43
5.3 Natureza jurídica	49
5.4 O Projeto de Lei do Senado nº 470/2013	55
5.5 Os alimentos compensatórios e os regimes de bens	57
5.5.1 Alimentos compensatórios e o regime de separação de bens	58
5.5.2 Alimentos compensatórios e o regime de participação final nos aquestos e comunhão parcial de bens	64
5.5.3 Alimentos compensatórios e regime de comunhão universal de bens	64
5.5.4 Alimentos compensatórios e o regime convencionado em pacto antenupcial	65
5.6 Alimentos civis x alimentos compensatórios	66
6 CONCLUSÃO	69

REFERÊNCIAS	71
APÊNDICE	77

1 INTRODUÇÃO

Os alimentos compensatórios possuem viés indenizatório e não dizem respeito ao sustento dos entes da família. Diferentemente, almejam corrigir desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido quando da partilha dos bens, decorrente de divórcio ou dissolução da união estável, fixando uma verba a ser paga – em prestações periódicas ou não – para suprir a não acumulação de patrimônio de um ex-cônjuge durante a vida a dois.

Com base nesse instituto, presume-se que os regimes de bens criam um desequilíbrio econômico-financeiro sem lastro entre os consortes, vislumbrando-se uma possível falha no ordenamento jurídico. No entanto, se analisada a intenção dos alimentos compensatórios, conclui-se que a doutrina introduziu no Brasil um instituto que contradiz uma conquista histórica do Direito de Família, qual seja a mínima intervenção estatal nas relações privadas regulamentadas por esse ramo do Direito.

Nesse sentido, a inserção dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro significa garantir a escolha do regime de bens sem qualquer necessidade de justificativa, mas, sobrevivendo o fim da vida a dois e, conseqüentemente, a partilha dos bens, o efeito do regime escolhido ser reprimido pelo Poder Judiciário; em síntese é dar ao Estado, efetivamente, a escolha do regime.

Assim, feita a partilha dos bens, cada um dos ex-consortes terá recebido aquilo que lhe cabe, não podendo ser razão para indenização qualquer desequilíbrio que possa vir a ocorrer. Ademais, em nenhuma hipótese a partilha de bens exclui a possibilidade da prestação de alimentos assistenciais por aquele que seja economicamente mais favorecido.

Ademais garantir ao Estado a escolha do regime de bens dos casais gera insegurança jurídica, desconsiderando o que todo o ordenamento jurídico busca nas relações familiares e patrimoniais.

Por outro lado, o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013 (ainda em tramitação) visa introduzir os alimentos compensatórios no ordenamento jurídico. O estudo demonstra a impossibilidade de fazê-lo ante a própria inconsistência do instituto e sua incompatibilidade com o ordenamento.

O problema proposto é a incompatibilidade dos alimentos compensatórios com o ordenamento jurídico vigente, no que toca aos regimes de bens previstos, aos institutos atinentes à responsabilidade civil e indenização e aos alimentos civis.

A pesquisa proposta se faz necessária em razão do choque teórico e prático existente entre os alimentos compensatórios e alguns institutos não só do Direito de Família como de

outros ramos do Direito Civil. Ainda, os tribunais de todo o país estão tentando aplicar o instituto, no entanto, em razão da estranheza causada pela sua incompatibilidade, alguns vem aplicando de maneira equivocada e outros nomeando institutos que em nada se relacionam com os alimentos compensatórios por este nome.

Ademais, necessária que se mostre a incompatibilidade pretendida, haja vista que este instituto doutrinário que ainda não faz parte do ordenamento jurídico, tem um aspecto retrógrado no Direito de Família, por amparar a intervenção estatal na vida familiar.

Sobretudo, a justificativa para o presente trabalho se dá em razão de que a aplicação dos alimentos compensatórios acarretaria no fim do regime de separação de bens, gerando insegurança jurídica nas relações familiares, somado ao fato de que a finalidade dos alimentos compensatórios é atingida pelos alimentos civis. Não obstante, o referido instituto está contido no Projeto de Lei nº 470/2013, denominado Estatuto das Famílias, em seu artigo 120.

O objetivo geral deste estudo é compreender e demonstrar a (in)compatibilidade dos alimentos compensatórios com o ordenamento brasileiro. Os objetivos específicos são analisar com profundidade os alimentos compensatórios, as prestações alimentares já presentes no sistema jurídico, os regimes de bens e a responsabilidade civil no que toca ao dever de indenizar por meio de jurisprudência, artigos e doutrinas. Ainda, verificar na jurisprudência pátria a aplicação dos alimentos compensatórios e a aplicação no direito comparado, especificamente na Alemanha, França, Espanha e Argentina.

O marco teórico deste estudo é a constitucionalização do Direito Civil, fenômeno que transformou este ramo do Direito em um direito mais personificado do que patrimonializado. Não obstante, a CR/88 não tirou do Direito brasileiro a proteção ao patrimônio, sendo este parte da dignidade humana.

Diante do exposto, o presente trabalho científico visa demonstrar a incompatibilidade e incoerência do instituto dos alimentos compensatórios perante todo o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário.

Nesta introdução, fez-se uma análise do Direito de Família atual no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando aspectos do presente trabalho e o tema problema debatido em seus aspectos, desde a natureza jurídica até a perspectiva dos alimentos compensatórios em relação a diversos institutos do ordenamento jurídico.

No capítulo 2, é realizado um estudo acerca da evolução do Direito Civil que passou de um ramo do direito patrimonializado para personificado. Ao passar de décadas, e essencialmente com o advento da CR/88, o Direito Civil adquiriu um caráter de preocupação social e pessoal, ocorrendo o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Não obstante,

a dedicação ao indivíduo, não se perdeu a proteção ao patrimônio aspecto importante ao presente trabalho.

No capítulo 3, são estudados os princípios como normas e sua importância no sistema jurídico brasileiro. Analisa-se os princípios da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, considerando-os os basilares da obrigação alimentar e do tema problema da pesquisa.

No capítulo 4, explora-se a obrigação alimentar prevista no ordenamento jurídico, alimentos civis e naturais, passando-se à uma análise dos chamados alimentos ressarcitórios, demonstrando que os tribunais brasileiros vêm tendo grande dificuldade ao aplicar os alimentos compensatórios confundindo-os com os chamados ressarcitórios, gerando, na prática, a inexistência quase absoluta dos alimentos compensatórios. Este capítulo visa facilitar a compreensão das diferenças e distinções existentes entres estes e os alimentos compensatórios.

No capítulo 5, adentra-se ao ponto controvertido, alimentos compensatórios, abordando seu conceito, natureza jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico diante dos regimes de bens e alimentos civis e apresenta o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013.

Na conclusão, explica-se a resolução da questão centro desta pesquisa chegando-se à incompatibilidade dos alimentos compensatórios com o sistema jurídico brasileiro.

Para a elaboração deste estudo foram realizadas pesquisas bibliográfica, a fim de estudar sobre o tema, e jurisprudencial, para verificar a aplicação do instituto nos tribunais de todo o país, utilizando-se o método dedutivo para se alcançar as conclusões obtidas.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A autonomia privada é um dos institutos mais importantes do Direito Civil, especialmente após o advento da Constituição da República de 1988 (CR/1988), que concedeu a esse ramo do Direito caráter menos patrimonial e mais pessoal e humano, afetando diretamente o Direito de Família.

Essa autonomia é a liberdade dos indivíduos de gerirem a própria vida não só patrimonial, mas pessoal e íntima da forma que melhor couber a cada um conforme as próprias peculiaridades da vida.

Leonardo Barreto Moreira Alves define a autonomia privada como:

[...] a autorização fornecida pelo Estado para que o particular possa administrar e gerir a sua vida íntima como melhor lhe aprouver, realizando ações das quais ele próprio irá fixar o seu conteúdo, seus efeitos e suas consequências jurídicas, pois o ordenamento, de antemão, reconhece e protege tais ações (ALVES, 2009, p. 18).

Ressalte-se que essa autonomia privada como liberdade de gerenciar a própria vida foi trazida com o advento da CR/1988 e positivada no Direito Civil com o CC/2002 e posteriormente com outras legislações.

Os institutos de Direito de Família voltados para a pessoa humana com foco na dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e solidariedade familiar, como é valorizado no Direito Civil e Constitucional desde final do século XX, tem como precursor um direito patrimonializado e voltado quase que exclusivamente aos bens materiais, se importando pouco com as pessoas, com um viés discriminatório especialmente para mulheres, filhos e idosos.

Anteriormente à autonomia privada tinha-se a noção de autonomia da vontade, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro prévio à CR/1988, que visava exclusivamente à esfera patrimonial, de forma a preservar a vontade, especialmente contratual, dos indivíduos, independentemente da lei e dos direitos dos outros.

Essa autonomia era pautada e consolidada nas relações negociais, tendo como pilar que os contratos deveriam prevalecer sobre as demais condições pessoais no sentido de que aquilo que foi contratado é a vontade suprema das partes, não importando eventual desequilíbrio posterior ou causas que tornassem o contrato excessivamente oneroso a um dos contratantes. Com isso, desde que o objeto do contrato não representasse qualquer ilícito, o que ali estivesse pactuado deveria valer de forma absoluta.

Essa concepção de autonomia plena de contratar decorreu do Estado Liberal, em que o ente estatal tinha como única função garantir os direitos fundamentais relacionados à

propriedade privada, livre mercado e liberdade negocial (ALVES, 2009, p. 27), estando o mercado diretamente ligado à regulamentação dos direitos sociais.

Ou seja, no Estado Liberal, a liberdade de contratar, ainda que fora dos limites da lei, pautada apenas no objeto lícito do contrato, em um mercado totalmente livre, era o necessário e suficiente para que a sociedade se organizasse, exercendo o ente estatal o papel de não intervir. Sua atuação era praticamente omissiva no tocante às relações comerciais.

Frente a essa absoluta autonomia de contratar e a inafastável obrigatoriedade daquilo que fora contratado, surgiu a ideia da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), expressão para concretizar que aquilo que foi contratado tem que ser cumprido¹. Flávio Tartuce explica o conteúdo dessa expressão e resgata sua origem:

O princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema (TARTUCE, 2013b, p. 88).

Diante dessas ideias e do interesse das classes políticas do Estado Liberal, nos séculos XVIII e XIX surgiram os códigos, que não mais eram compilações de leis preexistentes, como as Ordenações Filipinas, mas leis que regulamentavam diversos assuntos.

Neles eram apresentadas normas de caráter liberal, com mínima intervenção estatal (esta era possível apenas com a autorização expressa da lei) e liberdade de mercado quase que absoluta, visando atender aos interesses da burguesia, tendo como maior símbolo desta transição de compilação de leis para codificação o Código de Napoleão².

Esse período é marcado pela Escola da Exegese, firmada na França, “segundo a qual a atividade do jurista (principalmente do magistrado) deveria estar limitada à mera aplicação das regras contidas no Código, todas, ressalte-se, favoráveis à burguesia” (ALVES, 2009, p. 43).

Portanto, não era possível que o Poder Judiciário firmasse entendimentos frutos de interpretação do ordenamento, apenas deveria aplicar a lei a cada caso, em razão da valorização, no período, da separação dos poderes, de forma que cabia ao Poder Legislativo criar o Direito e ao Poder Judiciário apenas aplicá-lo.

Essa imposição ao Estado, na figura do Poder Judiciário, de não poder sequer interpretar a lei, era herança de um Estado pós-absoluto, em que se podia questionar a idoneidade e

¹ Vale ressaltar que a força obrigatória dos contratos e o *pacta sunt servanda* são institutos que ainda permeiam o Direito Civil, não mais com a característica de obrigatoriedade absoluta, mas respeitando os direitos individuais e as circunstâncias antes, durante e após a contratação.

² A fim de vedar as interpretações por tribunais, foi baixado um decreto por Napoleão proibindo qualquer interpretação extensiva do Código Napoleônico.

competência dos magistrados. Ainda, as classes dominantes do Estado Liberal (especialmente a burguesia) se viram cansadas de imposições estatais e perceberam, naquele momento, a oportunidade de ascensão.

Nesse contexto, passou-se de um momento do Direito em que a vida, a intimidade e a liberdade, inclusive negocial, dos indivíduos era totalmente controlada pelo Estado – período absolutista – para outro de autonomia, livre iniciativa e liberdade de comércio. Ressalte-se que essa liberdade de comércio era a mais valorizada pelos indivíduos, conforme já explicitado, era a autonomia da vontade plena que se estabeleceu no Estado Liberal.

Quando o mundo já vivia o período pós-Estado Liberal, após quase um século de projetos, críticas e ajustes, foi sancionado no Brasil o Código Civil de 1916 (CC/1916).

Apesar de sua versão final, que vigorou até 2003, ser datada no século XX, seu conteúdo abarcava muito das ideias liberais do século XIX, por supervalorizar a autonomia da vontade e regulamentar a não intervenção estatal nas atividades comerciais.

O CC/1916 tinha como base um Direito Civil patrimonializado e protegia essencialmente a propriedade imobiliária tendo a geração de riqueza e acréscimo de patrimônio como as bases do Direito Civil, reportando uma ideia de riqueza como fonte de efetivação dos direitos dos cidadãos.

A liberdade de contratar era prevista como algo absoluto, como já foi explicitado, de forma que o que fosse contratado deveria ser cumprido, ainda que novos eventos ocorressem e, eventualmente, tornassem o contrato desigual. O magistrado pouco podia interferir na esfera privada para desfazer, anular ou modificar relações contratuais. Repetindo de forma pouco menos radical o que ocorria nos séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade prevaleceu no CC/1916, sendo deixada de lado a preocupação com a dignidade das pessoas e suas necessidades pessoais além das patrimoniais (ALVES, 2009).

Enquanto as relações patrimoniais faziam parte da autonomia da vontade e o Estado nelas nada tinha que intervir, no tocante às relações familiares a situação era completamente oposta. Elas eram totalmente controladas pelo Estado e patrimonializadas. Não se tinha preocupação com a felicidade, realização pessoal e emocional das pessoas, tampouco com a vontade de cada membro do núcleo familiar. O afeto não era, nem de longe, considerado um valor jurídico.

O CC/1916 impunha que a única forma de família era o casamento, que este não podia ser dissolvido e que as funções de chefia da família, dever de sustento e administração do

patrimônio comum e particular da mulher cabiam somente ao marido/pai, chefe da família³. À mulher restavam exclusivamente os deveres de cuidados do lar e dos filhos e era considerada relativamente incapaz conforme previsão expressa do art.6º, inc. II, do CC/1916⁴.

Portanto, as relações extraconjugais, os parentes que moravam juntos que não fossem pais e filhos, os filhos havidos fora do casamento e qualquer outra formação própria da sociedade não era reconhecida como família, pouco importando o afeto, a felicidade das pessoas ou suas necessidades.

Os filhos eram diferenciados entre legítimos e ilegítimos, sendo estes aqueles tidos fora do casamento⁵. O tratamento era diferenciado no que tocava aos direitos patrimoniais sucessórios de cada um deles.

Por outro lado, tinha-se que o dever do pai não era o de educar, proteger e cuidar dos filhos, mas provê-los financeiramente, como se isso bastasse à felicidade deles. Outro aspecto que demonstra o caráter unicamente patrimonialista do Código Civil de 1916 era a liberdade de escolha do regime de bens, enquanto não havia preocupação com nenhum outro aspecto da vida pessoal, como dito anteriormente.

Somente em 1962 foi sancionado o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) que lhe dava a ela capacidade civil plena, retirando-lhe a condição de relativamente incapaz pelo simples fato de ser mulher. Outro avanço da preocupação do Estado com a condição pessoal e felicidade do casal foi a Lei do Divórcio, sancionada em 1977 (Lei nº 6.515/1977), que estabeleceu a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio.

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, surgiu no Brasil um Estado preocupado com o bem-estar e felicidade dos indivíduos, com a proteção das crianças e

³ “Art. 233. O **marido** é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

- I. A representação legal da família.
- II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).
- III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
- IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).
- V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277” (BRASIL, 1916, grifos nossos).

⁴ “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919)” (BRASIL, 1916).

⁵ “Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção. (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992)” (BRASIL, 1916).

adolescentes, dos idosos e da família, colocando esta como núcleo da sociedade e pilar das relações interpessoais.

Assim, a felicidade e a dignidade da pessoa humana deixaram de significar a acumulação de riquezas e se tornaram objeto de preocupação e promoção do Estado. Os indivíduos passaram a ser reconhecidos como pessoas e sujeitos de direito, não só patrimoniais, mas também sociais.

João Baptista Villela descreve a evolução da família como núcleo de amor, felicidade e realização pessoal:

Produzia-se, então, o mais espetacular fenômeno em toda a história da família: sua passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo. [...] Por isso, verdadeiramente genial aqui foi a fórmula de Maclver. Para Maclver, a família, “perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria” que é a de ser locus de amor, sonho, afeto e companheirismo (VILLELA, 1999, p. 54).

Vale ressaltar que o direito à propriedade e a vida patrimonial não foram deixados absolutamente de lado. A preocupação com a propriedade e patrimônio dos indivíduos e do casal continuou a existir, mas a noção de função social da propriedade deixou de ser absoluta, e o indivíduo passou a ser mais que apenas seu patrimônio acumulado, tornou-se sujeito de direitos, humano, com necessidades além das econômicas.

As relações negociais continuaram (e ainda continuam) tendo relevância, não só no ordenamento jurídico, mas também na vida das pessoas. No tocante à força obrigatória dos contratos, ela passou a ser relativizada, não sendo absoluta como antes. Tartuce assevera a posição jurídica que este princípio passou a ter:

Em 1973, Washington de Barros Monteiro sinalizava que “acentua-se, contudo, modernamente, um movimento de revolução do contrato pelo juiz; conforme as circunstâncias, pode este, fundando-se em superiores princípios do direito, boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até agora tradicional e imperativa” (Curso ...TARTUCE, 2003, p. 10) (TARTUCE, 2013b, p. 88).

Na Alemanha, não obstante o Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) tenha entrado em vigor quase no século XX, a jurisprudência, mesmo antes de 1933, já via a necessidade de interpretar a lei e adequá-la à realidade da sociedade. Passado o momento de crise alemã, em razão da Segunda Guerra Mundial, esse trabalho continuou sendo feito (WIEACKER, 1967-2004, p. 591-592), trazendo interpretações que posteriormente foram adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro já no final do século XX.

Assim, Franz Wieacker relata um pouco da evolução das interpretações no Direito Alemão:

Traçaremos, em primeiro lugar, um panorama de cada um dos resultados mais importantes desta evolução do direito de acordo com a sequência do sistema da Lei.

[...]

cc) A teoria da declaração de vontade e da conclusão negocial foram compatibilizadas – através da transição da teoria da vontade pandectística para o princípio da confiança ou vigência (8), através da interpretação objectiva <<segundo a boa fé>>, através do controlo jurisprudencial dos contractos estandardizados (9) e das condições gerais dos contratos e através da teoria do silêncio no comércio jurídico (10) – com a evolução da sociedade, nomeadamente no que respeita à evolução dos negócios jurídicos isolados para os negócios jurídicos em massa. Um recuo de princípio duma concepção dos contratos como actos que só responsabilizam o próprio para uma outra que realça a sua função social foi imposto, à custa da autonomia privada, na teoria das sociedades de facto, na das relações de trabalho de facto e, finalmente e em suma, na teoria dos contratos de facto (11). Por outro lado e em contrapartida, a jurisprudência preocupou-se, através de uma consideração cada vez mais apurada dos motivos individuais do declarante, com a justiça concreta do contrato. [...] (WIEACKER, 1967-2004, p. 594-595).

Na família o património permaneceu tendo importância, de forma que se continuou a regular os regimes de bens, os impedimentos para o casamento em razão da possibilidade de confusão patrimonial e o próprio Direito Sucessório. O acumular de riquezas apenas deixou de ser função única da família e forma de realização pessoal.

Com a promulgação da CR/1988 surgiram os direitos fundamentais, que devem ser respeitados e garantidos, indubitavelmente, pelo Estado, mas também pelos particulares entre si.

Quanto ao Estado, não há dúvidas nem questionamentos da obrigação que este assumiu perante a sociedade de prover e dar condições para que todos tenham garantidos seus direitos fundamentais.

Mas também nas relações entre particulares, estes direitos devem ser respeitados, surgindo a ideia da horizontalização dos direitos fundamentais. Essa horizontalização representa o respeito e garantia dos direitos fundamentais entre os particulares em suas relações privadas. Ou seja, não é apenas o Estado que deve respeitar e garantir à população esses direitos, mas também os particulares têm o dever de respeitar e não violar os direitos fundamentais uns dos outros. Diante disso, tem-se que o direito de um particular termina onde começa o direito do outro.

Cada pessoa, individualmente, tem seus direitos fundamentais, sendo alguns deles o direito à vida, à dignidade, à propriedade e à liberdade, no entanto o exercício desses direitos não é, nem pode ser, absoluto. A própria vida em sociedade impõe a limitação da liberdade de seus indivíduos, sob pena de não ser viável essa convivência. Diante disso, o respeito mútuo dos direitos entre os conviventes de uma sociedade é fundamental.

Sobre a horizontalização dos direitos fundamentais e sobre o respeito e limite dos direitos alheios e próprios foram criadas quatro teorias: a da *state action*; a dualista ou de eficácia mediata ou indireta; a monista ou de eficácia imediata e direta e a dos deveres de proteção do Estado.

A *state action* afirma que apenas o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, de forma que nas relações particulares deve prevalecer a autonomia privada mais plena possível, sem interferências.

A teoria dualista, ou da eficácia mediata ou indireta, estatui que os particulares não são diretamente ligados aos direitos fundamentais uns dos outros; a vinculação que existe decorre apenas do legislador infraconstitucional, que deve se ater aos ditames da Constituição para criar leis que estabeleçam a ligação dos particulares aos direitos fundamentais. Ainda, pela teoria, os particulares só se conectam automaticamente aos direitos fundamentais uns dos outros se a lei for omissa. Esta teoria gerou muitas críticas e se mostrou muito contraditória, pois as omissões legislativas eram muitas (ALVES, 2009, p. 91).

Já a teoria monista, ou da eficácia direta ou mediata, adotada no Brasil determina que os direitos fundamentais têm aplicação direta nas relações particulares, devendo todos, em qualquer hipótese, respeitar os direitos uns dos outros.

Esta teoria gera um confronto com o princípio da autonomia privada, estando nesse impasse a limitação dos direitos fundamentais e da própria autonomia. Apesar da importância da autonomia privada, esta não é plena e nem o deve ser. O exercício da autonomia privada, assim como a garantia dos direitos fundamentais são limitados nos direitos fundamentais do próximo.

A quarta teoria, na realidade, complementa a terceira e propugna que, apesar de os direitos fundamentais terem eficácia plena nas relações particulares, o Estado deve zelar por eles e tutelá-los evitando-lhes lesões e ameaças.

Todo este escopo de proteger a pessoa e os direitos fundamentais trazidos pela CR/1988 gerou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Esse fenômeno consiste na interpretação e leitura das legislações infraconstitucionais sob a ótica da Constituição da República de 1988, entre elas, naturalmente, está o Código Civil.

Como assevera Alves (1999, p. 94-95), a constitucionalização do Direito Civil não se restringe à hermenêutica, ou seja, apenas à interpretação da lei civil com base na CR/1988, mas também na repercussão direta da Constituição nas relações particulares. Assim, os princípios constitucionais, os preceitos ditados pela CR/1988 e os direitos fundamentais se tornaram elementos essenciais às relações privadas, não podendo ser descartados.

Esse fenômeno quebrou o paradigma patrimonialista, antes direcionador das relações particulares, para dar foco à pessoa, como sujeito de direitos, portadora da dignidade da pessoa humana, fundamento da CR/1988. Ocorreu, portanto, a personificação ou despatrimonialização do Direito Civil; como centro das relações foi colocada a pessoa e não mais o patrimônio ou o acúmulo e riquezas.

Na Alemanha, os direitos ligados mais à pessoa que ao patrimônio surgiram a partir de 1951, quando a nova Suprema Corte (Bundesgerichtshof – BGH) se desvinculou um pouco da letra da lei e começou a dar interpretações ao Código Civil (BGB). Grande avanço nesse sentido foi o reconhecimento do dano moral, marco para os direitos de personalidade:

Constitui uma proeza e um mérito do Supremo Tribunal Federal (BGH) o ter reconhecido o direito geral de personalidade contra o espírito e a letra do BGB numa antecipação consciente em relação à regulamentação legal por ele desejada do ponto de vista da política do direito. Este feito assumiu, logo no seu primeiro aresto (49), um alcance triplice [...] por fim, ele outorgou ao lesado *contra legem* (cf. § 253 do BGB) a indenização pelo prejuízo moral. É sobretudo esta última decisão que apenas pode, como tem sido frequentemente notado (50), ser posta de acordo com a vinculação do juiz em relação à lei, se se extrair dos direitos fundamentais a dignidade humana (artº 1 da Lei Fundamental) a norma implícita de que esta dignidade exige, por necessidade lógica, a indenização do dano moral (WIEACKER, 1967-2004, p. 606).

O reconhecimento do dano moral, também explícito na CR/1988, é uma demonstração da pessoa como centro do ordenamento jurídico. Por meio dele, se reconhece que a pessoa humana tem direitos inerentes à personalidade, honra e imagem de tamanho valor que, se feridos, devem ser reparados pela indenização.

A autonomia privada também se modificou com a constitucionalização do Direito Civil. Isso porque, se todas as relações particulares devem ser regidas pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais, a autonomia privada também deve ser exercida de acordo com essa concepção.

Isso não significa que a autonomia privada tenha se tornado restrita, e sim que seu exercício não traduz liberdade plena como era a autonomia da vontade no Estado Liberal. A autonomia privada tornou-se o exercício das liberdades individuais para que a pessoa se realize pessoal e patrimonialmente sem a intervenção do Estado, dentro, clarividente, dos limites legais e constitucionais.

A constitucionalização do Direito Civil teve, também, como consequência a criação dos estatutos ante a proteção constitucional da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor, do meio ambiente etc.

Com a quebra de paradigma do direito civil patrimonializado, o próprio Código Civil de 1916 perdeu seu escopo primordial, e posteriormente as necessidades da sociedade resultaram na edição do Código Civil de 2002. Este Código já foi feito à luz da CR/1988, prevalecendo muito mais a ideia da pessoa do que a ideia do patrimônio, privilegiando a felicidade e satisfações pessoais.

Relativamente ao Direito de Família, a quebra de paradigma da despatrimonialização do Direito Civil trouxe humanidade, também, às relações familiares.

A própria CR/1988 já instituiu em seu art. 226, *caput*, a família como núcleo da sociedade e maior fonte de afeto e formação de personalidade dos indivíduos garantindo a proteção do Estado, mas não sua intervenção, conforme explica Rodrigo da Cunha Pereira:

O Estado abandonou sua figura de protetor-opressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à saúde e educação dos filhos (cf. art. 227 da CF) (PEREIRA, 2012, p. 182).

O princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família tem importância ímpar, uma vez que encerrou com a inferioridade hierárquica da mulher e dos filhos em relação ao homem, bem como garantiu o *status* de família aos mais diversos tipos de arranjos, como as famílias monoparentais, as uniões estáveis e as famílias socioafetivas. Além disso, garantiu o direito aos alimentos de forma a manter um padrão de vida digno do cidadão, abrangendo, inclusive, o lazer e a atividade intelectual.

Não menos importantes são os princípios da solidariedade familiar e da igualdade. A solidariedade familiar, que é fundamento maior do direito aos alimentos não só dos filhos, mas também dos cônjuges, abrange também a solidariedade emocional e psicológica entre os parentes e familiares.

A igualdade, por sua vez, colaborou sobremaneira com o fim da hierarquização da família e encerrou, por definitivo, com quaisquer limitações que existiam em relação aos direitos da mulher e aos filhos unilaterais ou tidos fora do casamento em relação aos filhos antes chamados de legítimos.

A própria autonomia privada no âmbito da família, respeitando os direitos fundamentais, garantiu – ainda que tardiamente – a possibilidade do divórcio direto sem qualquer prazo ou justificativa, inclusive podendo ser feito extrajudicialmente pela via dos cartórios.

E, muito relevante ao presente trabalho, a autonomia privada, igualdade e liberdade das famílias também se consagraram na autonomia dos cônjuges e filhos de dividirem as tarefas do

lar como bem entenderem, sem intervenção estatal que obrigue um ou outro prover a família financeiramente ou se dedicar exclusivamente aos cuidados do lar.

Não obstante a relevância do reconhecimento pelo Estado, por meio seja da legislação ou do Poder Judiciário, da família como núcleo de amor, afeto, realização, construção e concretização de sonhos, permitindo conferir maior autonomia para a organização do lar, igualdade entre os cônjuges e filhos e liberdade de gerirem a própria vida; a questão patrimonial, ainda que não seja a mais importante nas relações amorosas, não pode ser deixada de lado.

A quebra de paradigma do direito patrimonializado para o direito personificado, preocupado com a dignidade da pessoa humana, não deixou de lado a preocupação com o patrimônio. Nesse sentido, Pereira, fazendo referência a Carmem Lúcia Silveira Ramos, explica:

A recolocação de valores na relação de família, isto é, uma valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não significa a não consideração dessas relações, mas tão somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade humana, como muito bem esclarece a professora da Universidade Federal do Paraná Carmem Lúcia Silveira Ramos:

“Esta despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir riquezas com maior justiça”⁸⁴ (PEREIRA, 2012, p. 181).

A própria constitucionalização do Direito Civil implica, também, proteção e defesa dos direitos patrimoniais e proteção da propriedade privada, esta, inclusive, estampada entre os direitos fundamentais previstos no art. 5º da CR/1988, em seu *caput* e no inc. XXII.

Os direitos relativos ao patrimônio, portanto, não podem ser desconsiderados em uma total personificação do Direito Civil, com dedicação exclusiva do direito à pessoa. Até porque ter patrimônio faz parte da vida e das realizações pessoais, não se podendo excluir sua proteção do cenário jurídico.

Diante disso, a livre escolha do regime de bens⁶, a gerência do patrimônio durante a vida conjugal e o estabelecimento de pensão alimentícia, bem como o não exercício do direito aos alimentos demonstram a preocupação do Estado com a vida patrimonial do casal e, como busca o Direito de Família, visando a uma interferência mínima na regulação desses direitos e uma maior autonomia privada.

⁶ Ressalvados os casos que a lei prevê o regime de separação obrigatória considerada excessivamente invasiva por grande parte dos estudiosos.

O direito à livre escolha do regime de bens do casal foi bastante preservado no ordenamento desde o CC/1916, mas verifica-se que a alteração do regime legal pela Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio) para o regime de comunhão parcial é uma forma de proteção patrimonial pelo Estado, que permaneceu na edição do CC/2002.

Isso porque, desde o Código de 1916, o regime de comunhão parcial preserva os bens havidos a título gratuito, garantindo como patrimônio particular a herança e doações recebidas durante o casamento.

Ainda sobre os regimes de bens, no CC/1916, por outro lado, havia excessiva intervenção estatal no tocante à troca do regime, o que não era permitido, como assevera Villela:

São autoritárias nossas leis da família sempre que retiram às pessoas as faculdades inerentes à capacidade negocial que se lhes reconhece. Assim, não há razão de lógica, justiça ou bom senso para o art. 256 do Código Civil, que subtrai aos cônjuges a possibilidade de alterar o regime de bens que hajam estabelecido. Ou para o art. 258, parágrafo único, que impõe o regime da separação aos maiores de 60 e às maiores de 50 anos (VILLELA, 1999, p. 57).

No CC/2002 essa regra foi alterada, sendo permitida a troca de regime de bens, mediante ação judicial. Ainda assim, se questiona a posição dos tribunais, que exigem exageradas justificativas para deferir a alteração.

A pensão alimentícia, por sua vez, tem previsão no ordenamento jurídico desde as Ordenações Filipinas⁷, com previsão bem próxima da que temos hoje:

§ 15. Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dadas por soldadas, o Juiz lhe ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo o mais em cada um ano. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de doze anos. (UNIÃO IBÉRICA, 1595, p. 212)

A prestação de alimentos prevista na legislação em vigor (CC/2002) é, clarividente, menos discriminatória, já que não faz qualquer discernimento entre “aqueles que forem para isso [ler e escrever]” conforme previam as Ordenações. No entanto, verifica-se similitude entre as duas regras, na medida em que ambas consideram a educação e o vestuário como alimentos, que vão além da alimentação propriamente dita. O CC/2002 novamente se mostra mais inovador, abrangendo o lazer e a atividade intelectual em sentido amplo, não sendo, necessariamente, o estudo.

Assim, a liberdade e igualdade dos cônjuges ante a autonomia de escolherem o regime de bens que melhor lhes aprouver e administrarem o lar como bem entenderem, inclusive financeiramente, não pressupõe ausência de importância e desinteresse pela vida patrimonial

⁷ Liv. I, Tit. LXXXVIII, § 15.

do casal por parte do Estado, mas sim sua preocupação em regular com o mínimo de interferência, preservando as opções de cada família no que toca, também, ao patrimônio.

Por fim, o art. 1.513 do CC/2002 ratificou a posição da CR/1988 ao determinar a não intervenção estatal nas relações familiares, devendo ser compreendida a não intervenção em todos os aspectos, amorosos e patrimoniais: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

A centralização do Direito Civil nas pessoas e na dignidade destas, além de sua contínua preocupação com os direitos referentes ao patrimônio, são relevantes para o presente trabalho, que tem foco na importância da vida patrimonial e no patrimônio próprio acumulado de cada um dos consortes durante o casamento e sua preservação após o término da vida a dois. Abordar-se-á o tema, portanto, sob a perspectiva da autonomia privada do casal em organizar o núcleo familiar da forma como lhes aprouver, sem se abster dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Realizado esse breve histórico da constitucionalização do Direito Civil e uma análise das mudanças provocadas por esse fenômeno no Direito de Família, passa-se, no próximo capítulo, à análise dos princípios que fundamentam o estudo do tema.

3 PRINCIPIOLOGIA

Inúmeras discussões já ocorreram acerca do valor jurídico dos princípios como norma ou não. Durante anos, se debateu qual o papel dos princípios no ordenamento jurídico, tendo sido introduzidos como fonte do Direito brasileiro no Decreto-Lei nº 4.657/1942, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que em seu art. 4º determina: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942). Ou seja, a LINDB estabeleceu os princípios como fonte do Direito e instrumento de uso dos interpretadores do Direito.

Posteriormente, os princípios passaram a ser considerados normas, ou seja, estabeleceram-se no mesmo patamar que as regras (leis). A Constituição da República de 1988 consolidou esta posição definindo, inclusive, os princípios fundamentais da República⁸, basilares para todas as relações jurídicas e regras, não podendo ser infringidos por elas ou por decisões judiciais.

Diante disso, tem-se que a principiologia pertencente ao instituto dos alimentos, aí incluídas todas as formas de prestação alimentar, são indispensáveis para o proposto no presente estudo, razão pela qual se tratará neste capítulo de três princípios considerados fundamentais para o aprofundamento do tema de estudo: dignidade humana, solidariedade e igualdade.

3.1 Princípio da dignidade humana

A dignidade humana resulta de uma conquista histórica, obtida por meio da evolução do Estado de Direito e da democracia, que deu início à construção da noção de igualdade entre os homens (independentemente de cor, religião, nacionalidade ou regime político) abraçada pelo Estado, que deve reconhecer os indivíduos como pessoas iguais.

Trata-se de princípio constitucional cuja aplicação garante diversos direitos ao ser humano, tendo em vista sua abrangência. Por meio dele surgiu a concepção de direitos humanos, considerados como aqueles indisponíveis por não dependerem da vontade do próprio ser ou do Estado para existirem. São direitos inerentes da qualidade de pessoa. Assim, a existência desses direitos decorre da percepção pelo homem do conceito de dignidade, como explica Pereira em sua obra:

⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político” (BRASIL, 1988).

Como se disse, a noção de Direitos Humanos só pôde ser desenvolvida porque em sua base de sustentação está a dignidade de todo e qualquer ser humano, ou seja, na ideia dos Direitos Humanos está a certeza de que determinados direitos devem ser atribuídos às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano. Trata-se de necessidades humanas determinadas pela sua natureza, e que nenhum Estado tem o poder de modificar. Nenhum Estado é capaz, por exemplo, de modificar a necessidade que todo ser humano, vivendo em uma sociedade, tem de moradia, educação, saúde e liberdade. Os Direitos Humanos são, portanto, fruto do reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2012, p. 118).

Diante de princípio tão amplo e de ordem constitucional, tem-se a pessoa como centro do ordenamento jurídico, devendo toda e qualquer norma atentar para o ser humano, de forma que o ordenamento não pode conter regras que tratem o homem de forma indigna.

Esta aplicação ampla e imperativa do princípio da dignidade humana, tem importância ímpar no Direito de Família, uma vez que dificulta que a aplicação legal feita por seus operadores seja permeada por preconceitos e convicções íntimas destes, tornando possível o fim da discriminação em relação aos diversos arranjos familiares e suas peculiaridades.

No Direito de Família, esse amplo princípio se traduz, ainda, na obrigação alimentar. Ter recursos para prover a própria subsistência e manter um padrão de vida mínimo, que deve incluir alimentação, educação, vestuário, lazer, acesso à cultura e esportes, entre outros, é elemento da dignidade humana. Aquele cônjuge/companheiro economicamente mais fraco, após o divórcio, tem direito a manter a vida digna que tinha enquanto casado, não podendo ser desamparado pelo outro após uma vida em comum no núcleo familiar. Por outro lado, aquele que é pagador de alimentos não pode oferecer tudo o que tem para sustentar o outro e deixar de ter uma vida digna em decorrência da imposição da obrigação alimentar.

Por essa razão a pensão alimentícia deve ser fixada com base na dignidade da pessoa humana, não podendo falir o cônjuge economicamente mais forte ou deixar em estado de pobreza aquele que é alimentado. Para tanto, há um trinômio basilar da prestação de alimentos, possibilidade x necessidade x proporcionalidade, assunto a ser tratado em momento oportuno nesta dissertação.

3.2 Princípio da solidariedade

A solidariedade sofreu algumas mudanças históricas em sua concepção para o Direito brasileiro. A proteção maior do direito até a Constituição da República de 1988 era patrimonial, ou seja, mais voltada ao bem material do que ao indivíduo.

Diante disso, a solidariedade familiar, especialmente, era antes vista como um dever apenas moral de cada um (PEREIRA, 2012), concepção modificada pela CR/1988, que a

apresentou como princípio jurídico, colocando-a em posição de objetivo fundamental da República⁹. Com base nisso, a proteção especial garantida pela CR/1988 às famílias, à criança, ao adolescente e ao idoso tem por base a solidariedade.

A solidariedade no núcleo da família se mostra evidente no CC/2002, no art. 1.694 e seguintes, que tratam dos alimentos. A obrigação de alimentos entre os cônjuges, companheiros e parentes traduz o princípio em questão por ser a oportunidade de um(s) dar(em) assistência ao(s) outro(s) em razão de necessidades básicas e além delas do ser humano.

3.3 Princípio da igualdade¹⁰

A igualdade entre os homens e as mulheres ainda passa por mudanças, muitas delas culturais. Ao longo dos anos, após as mulheres buscarem a igualdade em períodos marcados por movimentos feministas, a cultura brasileira, a legislação e, posteriormente, a Constituição da República foram evoluindo em busca da igualdade entre os gêneros até atingir os parâmetros atuais, em que a mulher se encontra em posição praticamente igual ao do homem, ressalvadas algumas exceções pontuais ainda.

Inicialmente, a mulher perdeu a função basicamente de “assujeitada” nas relações amorosas, passando a ser sujeito da relação (PEREIRA, 2012). Assim, não se vê mais com a função unicamente de ter, criar e educar os filhos e prestar assistência ao marido para que ele se desenvolva profissionalmente e socialmente.

Com a ocorrência mais frequente de movimentos sociais contemporâneos e sua busca pela igualdade de gêneros, a CR/1988 trouxe consigo o princípio da igualdade, de forma que não pode haver discriminação em razão do gênero, tampouco da raça e religião. Ao mesmo tempo, a mulher foi adquirindo espaço no mercado de trabalho, embora em posição ainda não totalmente igual à do homem.

Toda essa mudança histórica importa ao Direito de Família em vários aspectos, como o da guarda e convivência com os filhos, a escolha do regime de bens e a prestação alimentar

⁹ “Art. 3º: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 1988).

¹⁰ Importante ressaltar que, além da igualdade a ser tratada no presente item, qual seja a igualdade entre as pessoas sem qualquer distinção, que para Rosemiro Pereira Leal é a chamada *simétrica paridade*, como direitos líquidos e certos já garantidos pelo Estado Democrático de Direito, existente na Constituição o princípio da isonomia. Essa isonomia diz respeito à igualdade processual das partes. Trata-se de uma isonomia independente dos iguais ou desiguais economicamente. Não é criação de direitos e garantias às pessoas, mas de igualdade na construção do processo com as mesmas oportunidades.

entre cônjuges e companheiros. Inclusive, surgiram direitos ao homem antes não existentes em razão da realidade prática, como o de ter a guarda dos filhos no caso do divórcio¹¹.

Ainda em relação a essa mudança proporcionada pela inserção explícita do princípio da igualdade na CR/1988, os alimentos passaram a ser prestados entre os cônjuges/companheiros e não mais do homem para a mulher, já que esta pode ser a parte economicamente forte do lar.

No próximo capítulo, o tema dos alimentos será enfrentado, analisando-se sua natureza jurídica e características relevantes.

¹¹ Na época em que a mulher não trabalhava e vivia para cuidar dos filhos e educá-los, em caso de separação do casal, não havia dúvida de que eles ficariam com a mãe, que era quem dispunha de tempo e cuidados para tanto. Após a inserção da mulher no mercado de trabalho, tanto ela quanto o marido dispõem do mesmo tempo e dedicação perante a figura dos filhos, de modo que não se pode estabelecer de forma objetiva que o melhor seja ficar com a mãe.

O Código Civil de 1916 impunha limites de idade diferentes para homens e mulheres para escolha do regime de bens (50 anos para a mulher e 60 anos para o homem). O novo Código trouxe uma mesma idade para ambos os sexos, demonstrando a evolução de uma igualdade formal. O mesmo ocorreu com a idade núbil. O Código Civil de 1916 impunha a idade núbil da mulher como 16 anos e a do homem como 18 anos. O ordenamento de 2002 acabou com essa diferença estipulando 16 anos para ambos.

4 DOS ALIMENTOS

Como centro desta pesquisa está no instituto dos alimentos compensatórios, faz-se necessário, antes de enfrenta-lo, que se discorra sobre os alimentos e alimentos ressarcitórios, de modo a se melhor demonstrar a distinção ou diferença existente entre eles.

Os alimentos devem ser compreendidos como tudo aquilo que é necessário para atender às necessidades da vida. Assim, englobam não só a alimentação, mas também o vestuário, moradia, educação, lazer, assistência médica e quaisquer outras necessidades atinentes às peculiaridades de cada família.

A esse conceito se faz necessário acrescentar a ideia de obrigação. Alguém que tem condições de prover, em razão do poder familiar, parentesco ou conjugalidade, deve satisfazer aquele que por si só não se mantém:

Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).

Nesse sentido, constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo; [...] (CAHALI, 2012, p. 16).

A concepção da obrigação de alimentos foi posta no ordenamento jurídico desde o Direito romano e as Ordenações Filipinas, conforme exposto no capítulo 2 deste trabalho.

Tendo em vista que o conceito de alimentos não se modificou desde então, mas apenas sua forma e a extensão da obrigação diferenciam-se em cada ordenamento, cabe estudar apenas sua natureza características desta obrigação, não seu conceito.

4.1 Da natureza jurídica

Os alimentos englobam tudo aquilo que é necessário para uma pessoa sobreviver de forma digna, ou seja, garante ao alimentando alimentação, vestuário, assistência médica, lazer, acesso à cultura e estudo. No entanto, tendo em vista a abrangência do conceito, a doutrina distinguiu alimentos civis de alimentos naturais. Posteriormente o Código Civil de 2002 adotou essa diferença.

Entende-se por alimentos civis aqueles que, além de suprir as necessidades de subsistência do ser humano, visam garantir que o alimentado alcance o mesmo padrão de vida do alimentante e que antes usufruía na constância da união, garantindo-lhe igual *status* social e qualidade de vida.

Já os alimentos naturais são aqueles destinados estritamente à subsistência, mas sempre atendendo à dignidade humana; logo, a educação não pode ser excluída, nem mesmo um mínimo ao lazer e atividades intelectuais.

O ordenamento jurídico difere alimentos civis de naturais, colocando estes como punição àquele que dá causa, ou seja, que é culpado pela situação de necessidade dos alimentos.

Assim, o art. 1.694 do CC/2002¹² garante os alimentos civis aos parentes, cônjuges e companheiros, ressalvando que, em caso de culpa do alimentando, este é punido com os alimentos naturais.

Vale esclarecer que a culpa apontada pelo dispositivo não se confunde com a culpa pela separação. Após a Emenda Constitucional nº 66/2010 que, acabou com a separação judicial, estabelecendo o divórcio como forma de dissolução do vínculo conjugal, não há que se falar em culpa pelo fim do matrimônio e consequente concessão de alimentos naturais. Maria Berenice Dias esclarece a questão:

Com o fim do instituto da separação, pelo advento da EC 66/10, ruiu o instituto da culpa para o desenlace do casamento. Desse modo, estão derogados os arts. 1.702 e 1.704 do CC, que concediam somente alimentos naturais ao cônjuge culpado pela separação. Agora, em sede de casamento, eventual limitação do encargo alimentar só cabe pela regra geral (CC 1.694 § 2º): ter o credor dado causa à situação de necessidade, o que não se confunde com culpa pelo fim do casamento) (DIAS, 2011, p. 515-516).

Ressalte-se que a atribuição de culpa do alimentando não pode se dar ao filho menor que recebe alimentos em razão do poder familiar e tem sua necessidade presumida.

4.2 Características da obrigação alimentar

A obrigação alimentar é revestida de diversas características que garantem a segurança jurídica da prestação e visam atingir a sua finalidade, que é a de sustento, não só de alimentos em si, mas de lazer, cultura e educação.

Como direito personalíssimo, impenhorável, irrenunciável, intransmissível e imprescritível, a obrigação alimentar, aliada à irrepetibilidade e alternatividade da prestação garantem ao credor e ao devedor essa segurança jurídica.

Nos tópicos seguintes, cada uma dessas características será explicada detalhadamente.

¹² “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. [...] § 2º: Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia” (BRASIL, 2002).

4.2.1 Alimentos como direito personalíssimo

Receber alimentos é direito garantido pelo ordenamento jurídico e que não pode ser transferido a outrem em razão de sua função de prover subsistência àquele (parente, cônjuge e filho) economicamente mais fraco na relação familiar.

Em razão de seu caráter personalíssimo, ele não pode ser transferido por cessão¹³, tampouco se sujeita a compensação. Ainda, é impenhorável em razão de sua feição de sustentar, garantir ao alimentando o direito de subsistência; logo, é impensável que os credores deste possam lhe retirar esse direito.

4.2.2 Irrenunciabilidade

O direito de alimentos é irrenunciável por imposição legal (art. 1707, CC/2002). A lei permite que o credor não exerça seu direito, mas nunca que a ele renuncie.

Assim, o credor pode renunciar à faculdade de exercício do direito e não a de gozo do direito. O não pleitear os alimentos caracteriza uma inércia daquele que tem o direito, que deve ser entendida como desistência voluntária dos alimentos, jamais como renúncia. Dessa forma, é impossível que o não exercício do direito de alimentos seja visto como motivo legal para exoneração do encargo (CAHALI, 2012).

Na ocasião do divórcio/dissolução da união estável, os ex-cônjuges/companheiros podem desistir dos alimentos. A maior parte da doutrina entende que, nesse caso, os ex-consortes perdem o direito de pleitear a pensão posteriormente. Isso porque cessou a obrigação de mútua assistência. No entanto, para Dias, os ex-cônjuges ou ex-companheiros deveriam ter o direito se provada a necessidade:

A unanimidade da doutrina sustenta que após o divórcio não pode ser constituída obrigação alimentar, pois rompido definitivamente o vínculo do casamento. Como o sistema jurídico reclama vínculo familiar – parentesco, casamento ou união estável –, sem essa ligação não há falar em alimentos. Porém, se há necessidade superveniente nada justifica excluir o direito de pleitear o benefício, nem aos ex-cônjuges e nem aos ex-companheiros da união estável.

Quando da cessação da união estável, ninguém duvida que, em face da regra da irrenunciabilidade, pode o ex-companheiro pleitear alimentos se deles necessitar, até porque a lei assegura tal direito (CC 1.694). Para dizer o menor, fere o princípio da igualdade assegurar a ex-companheiro o direito de buscar alimentos sem obstáculo de qualquer ordem, a não ser a necessidade, e condicionar a pretensão do ex-cônjuge a termo não previsto na lei (DIAS, 2011, p. 524).

¹³ “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito de alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora” (BRASIL, 2002).

Não obstante todas as discussões doutrinárias, os alimentos são direito irrenunciável por previsão legal e, por se tratar de direito de subsistência, logo um “ramo” do direito à vida, devem ser considerados norma de ordem pública, portanto, imperativa. Por isso, independe se os alimentos são em razão do parentesco, conjugalidade ou poder familiar.

4.2.3 Impenhorabilidade

Como o próprio art. 1.707 do CC/2002 preconiza, os alimentos são impenhoráveis. A justificativa para tanto seria a de que os alimentos têm a função de subsistência do alimentando, não justificando que qualquer credor seu retire parte da prestação, inviabilizando seu sustento.

Para fundamentar tal característica, Nelson Carneiro baseou-se no art. 813, parágrafo único, do CC/2002: “A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras. Parágrafo único: A isenção prevista neste artigo prevalece de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias” (CARNEIRO *apud* CAHALI, 2012, p. 87).

Já Jefferson Diabert fundamenta no art. 649, inc. IV, do Código de Processo Civil: “São absolutamente impenhoráveis as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família” (DIABERT *apud* CAHALI, 2012, p. 87).

No entanto, para Yussef Said Cahali, “[...] a divergência mostra-se irrelevante, porquanto a própria natureza pessoal do crédito e a destinação dos alimentos bastaria, para o embasamento jurídico da impenhorabilidade” (CAHALI, 2012, p. 87).

Assim, a prestação alimentar é impenhorável em razão de seu caráter, não só de subsistência, mas também personalíssimo, que garante a intransmissibilidade do crédito a outrem¹⁴.

4.2.4 (In)transmissibilidade

A intransmissibilidade aqui tratada decorre de dispositivo legal do CC/2002 (art. 1.700) e da Lei do Divórcio (art. 23), que determinam a transmissão da obrigação alimentar aos

¹⁴ Vale apontar que há autores que entendem que a impenhorabilidade dos alimentos deve ser relativizada quando o credor possui dívida alimentar. Ou seja, trata-se da “inoponibilidade da não penhora quando a obrigação também resulta de dívida de natureza alimentar” (PORTO, 2011, p. 37).

herdeiros do devedor e não da intransmissibilidade em razão da impenhorabilidade explicada no item 4.2.3.

A transmissão do encargo alimentar decorrente do casamento, não obstante a disposição legal¹⁵, sempre foi muito criticada em razão da existência do direito real de habitação pelo cônjuge sobrevivente ou o direito de usufruto de parte da herança, conforme o regime de bens. Diante disso, reinava um senso de injustiça por parte dos filhos ou outros herdeiros do *de cuius*, conforme exemplifica Dias:

O exemplo que evidenciava a inaceitabilidade da transmissão do encargo era a possibilidade de o cônjuge sobrevivente pleitear alimentos dos filhos do *de cuius* nascidos de casamento anterior. Assim, os órfãos, que não podiam sequer dispor da residência do pai, em face do direito de habitação da viúva teriam de pagar alimentos a ela (DIAS, 2011, p. 521).

Dessa forma, transmitia-se somente a dívida alimentar, ou seja, as parcelas vencidas à época da morte do devedor.

Quanto à imposição legal feita pelo CC/2002¹⁶, relativa à prestação alimentar entre parentes consanguíneos, também não era muito bem aceita sob o argumento de gerar desequilíbrio na partilha dos bens. Assim, a doutrina sustenta o cabimento da obrigação de alimentos até ser feita a partilha de bens, mediante certa compensação, a fim de evitar que o herdeiro alimentando não receba em duplicidade.

Compartilha desta visão os julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - ALIMENTOS - ANTECIPAÇÃO DE LEGÍTIMA - POSSIBILIDADE - COMPENSAÇÃO FUTURA. - Considerando o caráter assistencial e a imprescindibilidade da verba, deve ser assegurado ao filho menor o direito de receber alimentos do espólio, visto que a medida, em verdade, consistirá em antecipação de legítima, inexistindo prejuízo para os demais herdeiros, diante da compensação que deverá ser feita por ocasião da partilha. - Recurso provido em parte (MINAS GERAIS, 2010).

EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - ALIMENTOS - ANTECIPAÇÃO DE LEGÍTIMA - POSSIBILIDADE - COMPENSAÇÃO FUTURA - LEVANTAMENTO MEDIANTE ALVARÁ JUDICIAL - DESNECESSIDADE - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO- AUSÊNCIA - AFASTAMENTO DA MULTA. - Considerando o caráter assistencial e a imprescindibilidade da verba, deve ser assegurado ao filho menor o direito de receber alimentos do espólio, visto que a medida, em verdade, consistirá em antecipação de legítima, inexistindo prejuízo para os demais herdeiros, diante da compensação que deverá ser feita por ocasião da partilha. - Desnecessário o levantamento dos valores mediante alvará judicial, por se tratar de procedimento incompatível com a natureza alimentar da verba. - Não tendo

¹⁵ “Art. 23: A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.796 do Código Civil” (BRASIL, 1977).

¹⁶ “Art. 1.700. A obrigação de alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.694” (BRASIL, 2002).

restado comprovado o manifesto propósito protelatório dos embargos declaratórios, deve a penalidade de multa ser afastada. - Recurso provido (MINAS GERAIS, 2013).

Diante de toda a discussão e dificuldade de se aceitar as imposições legais de transmissibilidade da obrigação alimentar, concluiu-se que esse encargo deve ser transmitido relativamente ao espólio.

Os herdeiros, portanto, não respondem com seu patrimônio pessoal, mas somente nos limites das forças da herança, como inclusive dita o art. 1.792 do CC/2002¹⁷. Se não houver bens ou estes não forem suficientes para suportar o encargo alimentar, os herdeiros não podem ser pessoalmente responsabilizados pela obrigação alimentar com seu patrimônio particular.

Como em regra o alimentando é herdeiro, presume-se que este, ao receber seu quinhão hereditário, terá condições de se sustentar. Não ocorrendo dessa forma, pode ele pleitear alimentos de seus parentes, mas por força da solidariedade familiar, por direito próprio e obrigação nova (art. 1.694 do CC/2002).

4.2.5 Imprescritibilidade

O direito aos alimentos, em razão de sua natureza, é imprescritível. No entanto, o direito às prestações vencidas prescreve.

O prazo prescricional do crédito alimentar é de dois anos, conforme disposto no artigo 206, § 2º, do CC/2002: “Prescreve: § 2º: em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem” (BRASIL, 2002). Assim, não há que se falar em prescrição da obrigação alimentar, mas tão somente das parcelas não pagas no prazo.

Ressalte-se que a prescrição não corre contra absolutamente incapazes¹⁸, bem como durante o exercício do poder familiar¹⁹, nem entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal²⁰.

¹⁷ “Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens dos herdados” (BRASIL, 2002).

¹⁸ “Art. 198. Também não corre a prescrição: I – contra os incapazes de que trata o artigo 3º” (BRASIL, 2002).

¹⁹ “Art. 197. Não corre prescrição: [...] II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” (BRASIL, 2002).

²⁰ “Art. 197. Não corre prescrição: I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal” (BRASIL, 2002).

4.2.6 Irrepetibilidade

Em razão da função dos alimentos de garantir a vida do alimentando, os alimentos pagos são irrepetíveis. Apesar do ordenamento jurídico como um todo não mencionar esta característica, ela é aceita pelos operadores do Direito. Dias explica:

Talvez um dos princípios mais significativos que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que ser para garantir a vida e se destina à aquisição de bens de consumo para assegurar sobrevivência, inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico (DIAS, 2011, p. 519).

Diante dessa característica inerente da própria prestação alimentar, uma vez pagos os alimentos, o alimentante não pode pleitear sua devolução, ainda que tenham sido prestados erroneamente: “Mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo da paternidade, pela procedência de ação negatória de paternidade, descabe a restituição dos alimentos” (DIAS, 2011, p. 519).

No entanto, há uma única exceção à irrepetibilidade. Se o alimentando age com comprovada má-fé, de forma a induzir o alimentário a erro, tem-se o enriquecimento sem causa daquele. Assim, em razão da irrepetibilidade dos alimentos, não se pode desconsiderar a boa-fé, princípio abraçado por todo o ordenamento jurídico, e permitir conduta repugnada pela legislação.

4.2.7 Alternatividade

A pensão alimentícia pode ser prestada em dinheiro ou *in natura*, de forma que o alimentante oferece hospedagem e sustento ao alimentando, sem prejuízo da educação se este for menor²¹.

A forma de prestação dos alimentos, ante a opção fornecida pela lei, cabe ao juiz, que deve por seu arbítrio escolher como será paga a pensão. A Lei nº 5.478/1968, denominada Lei de Alimentos, em seu art. 25, preconizou a necessidade de autorização do credor capaz no caso de a prestação ser feita *in natura*²².

²¹ “Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação quando menor” (BRASIL, 2002).

²² “Art. 25. A prestação de alimentos não pecuniária estabelecida no art. 403 do Código Civil ao pode ser autorizada pelo juiz se a ela anuir o alimentando capaz” (BRASIL, 1968).

No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a opção passou a ser do magistrado: “compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação”²³.

Diante do que foi explicado, a alternatividade dos alimentos consiste somente na existência de duas opções na forma de prestação: em dinheiro ou *in natura*. A escolha da forma não faz parte dessa característica; é apenas uma faculdade do magistrado.

4.3 Do trinômio possibilidade x necessidade x proporcionalidade

A legislação não distingue a prestação alimentar paga em razão da conjugalidade, parentesco, poder familiar e solidariedade. Assim, independente da natureza do vínculo que deu origem à obrigação de alimentos, o critério de valoração da parcela é o mesmo e, diga-se, subjetivo.

Por esse motivo, tentando evitar prestações excessivamente onerosas para o alimentante ou extremamente baixas ao alimentando, criou-se a ideia expressa pelo trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade.

A necessidade do alimentando é tudo aquilo de que ele necessita para sobreviver e manter seu padrão de vida, conforme preceitua o art. 1.694 do CC/2002, excetuando-se a possibilidade de ter direito somente aos alimentos suficientes para subsistência (art. 1.694, § 2º).

A regra tende a ser que cada um possa se sustentar com seu próprio trabalho. No entanto, em certas ocasiões, necessário que alguém seja sustentado por outrem por não ter aptidão física ou mental para o trabalho; doença; imaturidade para exercício de atividade laborativa; idade avançada; crise que gere falta de trabalho; em decorrência do poder familiar, entre outros motivos. Em razão disso tem-se que a obrigação alimentar possui caráter subsidiário.

O trinômio, quando fala em necessidade, refere-se à real necessidade do alimentando para subsistência e manutenção do padrão de vida.

Há, claramente, certo subjetivismo em se falar somente em real necessidade. A doutrina discute se o art. 1.695 do CC/2002²⁴ deve ser entendido ao pé da letra. Assim, sendo o alimentando possuidor de bens, discute-se se seria possível a ele pleitear alimentos ou se ele os

²³ Código Civil de 2002, art. 1.701, parágrafo único.

²⁴ “Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento” (BRASIL, 2002).

deveria auferir da possível renda de seus bens. Ainda, se o alimentando conta com renda desses bens ou recebe determinada ajuda financeira de algum parente ou amigo, ou até mesmo trabalha, se poderia pedir alimentos a outro para complementar a renda.

Inicialmente, quanto ao alimentando ser possuidor de bens, a doutrina não se pacificou. Para uns, ele deveria usufruir de seus bens e até mesmo vendê-los se não for possível auferir renda, como aluguéis. Para outros, ele deve obter recursos provenientes de seus bens somente se for possível fazê-lo sem a venda, entendendo que em muitos casos bens podem não gerar nenhum tipo de lucro, serem improdutivos. Nesse caso, seria possível pleitear pensão alimentícia.

Cahali demonstra a divergência doutrinária quanto a este ponto:

O pressuposto da necessidade do alimentando somente se descaracteriza se referidos bens de que é titular se mostram hábeis para ministrar-lhe rendimento suficiente a sua manutenção; ou não se mostra razoável exigir-lhe a conversão de tais bens em valores monetários capazes de atender aos reclamos vitais do possuidor.

Mas a matéria é controvertida, impondo-se temperamentos com vistas a uma solução de equidade, insita, aliás, na natureza do instituto.

Para Laurent, aquele que possui imóveis não se encontra em estado de necessidade, se ele pode procurar os meios para viver, vendendo-os.

Diana Amati e Tamburrino dizem que o fato de possuir o alimentando bens não exclui a necessidade, quando a alienação destes, bastando para satisfazer apenas temporariamente às suas necessidades, resolve-se em inútil dilapidação de seu patrimônio.

Divergindo deste entendimento, Tedeschi aproxima-se da opinião de Laurent.

Tratando-se de questão de fato, nenhum princípio pode ser enunciado.

Daí a observação de Cunha Gonçalves: 'Não se pode dizer que é necessitado quem possui importantes valores improdutivos, cuja alienação lhe pode produzir um capital suficiente para subsistir por largo tempo, consumindo-o regradamente, pois necessitado é somente quem não possui recursos alguns para satisfazer às necessidades ou que só os tem os suficientes para parte delas.'

[...] Donde se ter decidido que 'poderá reclamar alimentos de seus parentes aquele que, embora possuindo bens, não aufera rendas, por serem os mesmos improdutivos e lhe faltarem possibilidades para explorá-los, para aquela finalidade (CAHALI, 2012, p. 500-501).

Em relação à complementação de renda por meio da pensão alimentícia, a doutrina entende ser possível. O simples fato de o ex-cônjuge/companheiro ou parente receber algum recurso de outros parentes ou oriundo de bens que possua ou até mesmo trabalhar não exime os alimentos.

Se a renda auferida de alguma forma, independente de qual seja ela, não for suficiente para a manutenção do padrão social ou às vezes nem o for para a própria subsistência ou dos filhos, deve aquele que é obrigado complementar prestando alimentos.

Há julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no entanto, que adotam o entendimento de que não é possível que a pensão seja utilizada para complementação de renda:

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - CÔNJUGE - CAPACIDADE DE TRABALHAR - RECURSO PROVIDO. - Os alimentos são devidos, em se tratando de companheiros ou cônjuges separados ou divorciados, quando um deles for desprovido de recursos, por não ter aptidão nem condição para o trabalho. A finalidade do pensionamento não pode ser, portanto, a complementação de renda (MINAS GERAIS, 2014).

Outro elemento do trinômio, a possibilidade, por sua vez, diz respeito ao alimentante. Não obstante seja necessário atender às necessidades do alimentando, não se pode reduzir os padrões do alimentante de forma significativa. Logo, a prestação alimentar deve estar entre a necessidade do alimentando, mas atendendo à possibilidade do devedor.

Dessa forma, se o devedor de alimentos possui rendimentos no limite para sua própria subsistência, o pagamento de pensão alimentícia não se justifica, pois teria o alimentante que restringir ainda mais sua condição para pagar a verba alimentar.

Devem, no entanto, ser observados os rendimentos do devedor de alimentos e não seu patrimônio. Dentro de uma percepção de razoabilidade, a existência de um vasto patrimônio e seu valor não significa vastos rendimentos e condições de sustento próprio e do alimentando.

Esta análise patrimonial do devedor de alimentos deve ser feita na mesma medida já explicitada do alimentando que possui patrimônio.

Diante dessas noções de necessidade e possibilidade, originalmente, trazia-se para a fixação do *quantum* alimentar somente este binômio – necessidade e possibilidade. No entanto, apesar de a proporcionalidade e a razoabilidade serem normas gerais do Direito, surgiu a necessidade de incluir a proporcionalidade como parte deste critério. Assim, atualmente deve ser levado em consideração o trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade.

A proporcionalidade deve, portanto, nortear a fixação da pensão alimentícia, sendo o pilar de equilíbrio da relação entre alimentante e alimentando e o fator que busca evitar qualquer desequilíbrio e inconformismo com o valor fixado, como explica Dias:

A regra para a fixação (CC 1.694 § 1º e 1.695) é vaga e representa apenas um *standart* jurídico. Dessa forma, abre-se ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais. Para definir valores, há que se atentar ao dogma que norteia a obrigação alimentar: o princípio da proporcionalidade. Esse é o vetor para a fixação dos alimentos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o

princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; [...] (DIAS, 2011, p. 543-544).

Os alimentos não podem, em nenhuma hipótese, ser fixados desconsiderando o trinômio, tendo em vista a necessidade de se reduzir a subjetividade da prestação alimentar, a fim de evitar que seja pouco efetiva ao alimentando ou que gere enriquecimento ilícito deste.

4.4 Alimentos compensatórios x alimentos ressarcitórios

Durante o processo de divórcio ou dissolução de união estável e antes de realizada a partilha, o cônjuge ou companheiro que se encontra na administração dos bens comuns que gerem frutos deve pagar ao outro o correspondente à sua meação.

Quando da efetivação da partilha, caso algum bem comum que gere frutos seja atribuído a apenas um dos consortes, este deve indenizar de forma equivalente ao que o outro teria direito, para que não haja enriquecimento ilícito.

Para esse instituto já existente no Direito de Família os autores Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias vem dando o nome de alimentos ressarcitórios.

Na realidade, esta é apenas uma nomenclatura dada pelos autores da área, já que não configuram alimentos, mas pagamento dos frutos dos bens comuns do casal enquanto não efetivada a partilha. Trata-se, portanto, do recebimento pelo cônjuge que não se encontra na administração dos bens do casal da renda líquida que lhe pertence proveniente destes bens²⁵.

Os chamados “alimentos” ressarcitórios em nada se confundem com os alimentos compensatórios, já que aqueles são apenas a antecipação da partilha, sem caráter alimentar, mas para que o cônjuge que não administra o patrimônio receba o que é seu por direito. Diferem dos alimentos compensatórios, que visam ao recebimento por um dos ex-cônjuges daquilo que não tem direito.

Ocorre que os tribunais de justiça do país, não compreendendo a aplicabilidade dos alimentos compensatórios, nem mesmo o sentido do instituto, os vêm descaracterizando e enquadrando os casos em que seriam cabíveis os chamados “alimentos” ressarcitórios como alimentos compensatórios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS E PARTILHA. APELAÇÃO DA VIRAGO. RECURSO NÃO CONHECIDO. Se a sentença não

²⁵ Há previsão expressa na Lei nº 5.478/1968, em seu art. 4º, parágrafo único, que estes frutos são devidos no regime de comunhão universal. No entanto, se comprovado na inicial, independente do regime de bens, que o patrimônio pertence a ambos os cônjuges, a medida pode ser deferida pelo juiz em caráter liminar.

define a extensão do patrimônio a ser partilhado, remetendo a discussão à liquidação de sentença, falta interesse recursal à virago que pretende incluir bens na partilha. APELAÇÃO DO VARÃO. ALIMENTOS. **Os alimentos compensatórios são cabíveis até ultimada a partilha quando um dos cônjuges permaneceu na administração da empresa do casal.** INDISPONIBILIDADE DE BENS. Cabível a declaração de indisponibilidade de bens quando há patrimônio diversificado sob a posse exclusiva de um dos divorciandos, grande animosidade entre as partes e discórdia quanto aos bens partilháveis. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. Havendo sucumbência em proporções diversas, haverá reflexo direto na distribuição dos ônus correspondentes. Não conheceram do apelo da virago e negaram provimento ao apelo do varão (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PLAUSIBILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA - DEFERIMENTO - IMPOSSIBILIDADE. Não comprovada a plausibilidade do direito alegado quanto ao recebimento de alimentos compensatórios, devidos nos casos de comprovado desequilíbrio econômico-financeiro de um cônjuge em relação ao outro, não pode ser deferida a antecipação de tutela pleiteada.

[...]

Doutra banda, a jurisprudência ainda acanhada dos tribunais pátrios está construindo entendimento no sentido de que referidos alimentos compensatórios são devidos nos casos em que ainda não houve a partilha dos bens, estando um dos nubentes na posse dos bens rentáveis e quando comprovado o desnível no padrão de vida de um dos consortes, em relação ao período da constância do casamento, em razão da separação ou divórcio (MINAS GERAIS, 2010).

Indenização compensatória, também chamada pela doutrina de alimentos compensatórios. Tutela antecipada que é dever do juiz quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Hipótese em que há prova da verossimilhança em relação ao vultoso patrimônio partilhável todo sob a administração do agravado, bem como do risco de dano de difícil reparação da falta de rendimentos da agravada que nada administra, cuidava do lar e dos filhos e não possui renda própria. Partilha que se antevê difícil e demorada, justificando-se a concessão como fator de equilíbrio entre quem administra e quem não administra o patrimônio comum. Prova que permite seja determinado o pagamento de R\$ 15.000,00 mensais à agravante, que não se confunde com alimentos já fixados à família e cujo total que for pago será deduzido ao tempo da partilha. Recurso provido em parte para conceder a tutela antecipada em proporção menor do que o pedido (SÃO PAULO, 2014, grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE TUTELA ANTECIPADA. ALEGADA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. EX-CASAL QUE CONSTITUIU UMA EMPRESA JUNTOS E ADQUIRIU OUTRA EMPRESA RECENTEMENTE. AUTORA QUE ALEGA SEMPRE TER TRABALHADO COM O AGRAVADO E QUE FOI MANDADA EMBORA, ENCONTRANDO-SE SEM QUALQUER RENDIMENTO. COGNIÇÃO SUMÁRIA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS ATÉ A EFETIVAÇÃO DA PARTILHA NO VALOR DE DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS. DESCABIMENTO DO PLEITO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PESSOA JOVEM, SAUDÁVEL, COM POSSIBILIDADE DE NOVA COLOCAÇÃO PROFISSIONAL. PRUDÊNCIA NA VERIFICAÇÃO DA

SITUAÇÃO FINANCEIRA DO AGRAVADO NO DECORRER DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA, VIA BACEN JUD, DO ATIVO FINANCEIRO EXISTENTE EM NOME DO REQUERIDO E DA PESSOA JURÍDICA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PARA APRESENTAÇÃO DAS ÚLTIMAS SEIS FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2014).

CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM UM SALÁRIO MÍNIMO. RAZOABILIDADE. PROVA DA NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MAIOR INCURSÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. 1. Reconhece-se que o divórcio sem a promoção da partilha do patrimônio comum autoriza a imposição de obrigação de mútua assistência e que a posse exclusiva do patrimônio por um dos ex-cônjuges impõe a prestação de alimentos, denominados pela doutrina de alimentos compensatórios, pois destinados a compensar o desequilíbrio econômico provocado pela ruptura conjugal, até que seja restabelecido o equilíbrio patrimonial com a devida divisão de bens. 2. Os alimentos devem garantir o necessário à manutenção do alimentando, assegurando-lhe meios de subsistência, a fim de que possa viver com dignidade. De acordo com o disposto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada." 3. No caso, observa-se que a partilha dos bens do casal ainda não foi realizada, que o cônjuge varão detém a posse de bens comuns e que a retirada do cônjuge virago da sociedade empresarial importou na suspensão do recebimento da quantia noticiada de 2 (dois) salários mínimos, causando-lhe, portanto, redução de renda. 3.1. A estipulação liminar de pensão alimentícia no valor de um salário mínimo se mostra razoável, uma vez demonstrada a necessidade da alimentanda e a possibilidade do alimentante. 4. Recurso improvido (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Madaleno em sua obra também comprova a existência da confusão:

Fica muito evidente a distorção que parte da doutrina e jurisprudência fazem acerca da exata compreensão da finalidade dos alimentos compensatórios e sua confusão com os alimentos denominados de ressarcitórios ou indenizatórios, cuja confusão pode ser claramente percebida no voto descrito na nota de rodapé 398 [...].

Certamente dessa característica de serem futuramente compensados os alimentos antecipados enquanto não liquidado judicialmente o regime de comunicação de bens, é que surge a involuntária confusão entre o instituto dos alimentos compensatórios de inspiração alienígena e os alimentos ressarcitórios, devidos em razão da administração unilateral dos bens conjugais comuns (MADALENO, 2013, p. 1022-1003).

Há, também, alguns julgados que compreenderam o instituto e o aplicaram de forma correta, dentro do seu conceito, mas em número bem menos expressivo que os entendimentos acima colacionados. Para melhor análise desses precedentes, o Apêndice do presente trabalho traz um comparativo de decisões judiciais de diversos tribunais do país apontando os equívocos conceituais entre os institutos dos alimentos compensatórios e dos frutos civis ("alimentos" ressarcitórios).

A confusão criada pelo Poder Judiciário sobre o instituto, acredita-se, deve ocorrer em razão da própria estranheza que gera no Direito brasileiro. Eventual previsão legal dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico pátrio não trará menos confusão aos

tribunais, já que existe uma confusão conceitual, e nem mesmo o PLS nº 470/2013 explica conceitualmente do que se trata os alimentos compensatórios.

Efetuada a explanação e análise dos alimentos no que concerne à sua natureza e características, o trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade, considerado basilar para a fixação da prestação de alimentos e os chamados alimentos ressarcitórios, no próximo capítulo se investigarão os alimentos compensatórios em todos os seus aspectos, realizando sua análise à luz de outros institutos jurídicos, objeto central desta dissertação.

5 DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Os alimentos compensatórios é o tema central de estudo da presente pesquisa em que se busca analisar a sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto será analisado seu conceito, a aplicação nos países que inspiraram os juristas a introduzirem a tese no Brasil (Alemanha, França, Espanha e Argentina), a natureza jurídica e o impacto nos regimes de bens. O tema será abordado, também, na perspectiva dos alimentos civis.

5.1 Conceito

Os alimentos compensatórios são um instituto inexistente na lei brasileira, atualmente presente no Projeto de Lei do Senado nº 470/2013²⁶, fundamentado nos princípios da solidariedade, dignidade da pessoa humana, igualdade e responsabilidade.

Trata-se de pensão sem caráter assistencial (como a pensão alimentícia ordinária), mas com viés indenizatório, que visa equilibrar econômico-financeiramente o ex-casal, após realizado o divórcio ou a dissolução de união estável e a partilha.

Rolf Madaleno, um dos juristas que mais abraçou este instituto na doutrina, refere-se à definição estabelecida por Jorge O. Azpiri:

O jurista argentino Jorge O. Azpiri define a pensão compensatória como uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida, e sua subsistência pessoal (MADALENO, 2013, p. 995).

Na mesma linha, Dias leciona:

Produzindo o fim do casamento desequilíbrio econômico entre o casal, em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. [...] Faz jus a tal verba o cônjuge que não perceber bens, quer por tal ser acordado entre as partes, quer em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos (DIAS, 2011, p. 548).

Complementando, Madaleno ainda explica:

O propósito da pensão compensatória é indenizar por algum tempo ou não o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indignância social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os

²⁶ O Projeto de Lei do Senado nº 470/2013 será analisado no tópico 6.4.

ingressos eram mantidos pela parceiro, mas que deixaram de aportar com o divórcio (MADALENO, 2013, p. 996).

Assim, os alimentos compensatórios oferecem a possibilidade de, uma vez feita a partilha, aquele cônjuge que adquiriu patrimônio particular durante a vida conjugal em montante superior ao outro indenizá-lo simplesmente por possuir bens sobre os quais o outro cônjuge não possui direitos.

Madaleno confirma essa aceção ao esclarecer que:

O fundamento para a incidência dos compensatórios é a incomunicabilidade de aquestos. Faz jus aos compensatórios aquele que, quando do desfazimento do vínculo conjugal, seja em razão do regime patrimonial, seja porque assim acordado entre as partes, não percebe bens que poderiam garantir o padrão de vida de antes (MADALENO, 2004, p. 211).

É possível definir os alimentos compensatórios como aqueles com natureza indenizatória, devidos sempre que, após a partilha dos bens do casal, um dos cônjuges possuir mais patrimônio particular que o outro.

No tocante ao objetivo dos alimentos compensatórios, estes constituem uma forma de eliminar o desequilíbrio econômico-financeiro entre os ex-consortes após a partilha dos bens, visando à manutenção do padrão de vida daquele economicamente mais fraco.

Já na conceituação desses alimentos se percebe a antijuridicidade presente no instituto, que será analisada ao longo do presente trabalho.

5.2 Origem e direito comparado (Alemanha, França, Espanha e Argentina)

A doutrina pátria pontua que os alimentos compensatórios surgiram na Alemanha, tendo influenciado de maneira significativa o Direito francês, que, posteriormente, introduziu a previsão dos alimentos compensatórios em seu ordenamento. Mais tarde, a Espanha adotou o mesmo entendimento e, por fim, a Argentina (MADALENO, 2013).

Não obstante a doutrina entenda que os alimentos compensatórios tiveram sua origem na Alemanha, não há previsão expressa desse instituto no Código Civil Alemão (BGB). De toda a regulamentação acerca do direito de pensão nesse Código, é possível extrair de dois parágrafos (1.587 e 1.609) a previsão de algo que poderia ser semelhante aos alimentos compensatórios (DEUTSCHLAND, 1896).

A previsão no parágrafo 1.587 do BGB é no sentido de que aquele ex-cônjuge que dedicou a vida às tarefas de cuidados do lar ou que tenha exercido atividade profissional que garanta aposentadoria inferior ao do outro receba uma compensação para suprir ou

complementar sua própria aposentadoria, decorrente da aposentadoria do outro ex-cônjuge que exerceu atividade profissional durante o matrimônio com aposentadoria superior.

A razão para que seja prevista essa complementação da aposentadoria tem base na aceção de que o trabalho exercido pelos cônjuges ao longo do matrimônio, e consequentemente a aposentadoria, é resultado dos esforços comuns dos conviventes.

Em julgado do Tribunal de Justiça da União Europeia (CVRIA), explica-se em que consiste a pensão prevista no parágrafo 1.587 do BGB:

13. O Governo alemão explica que a compensação dos direitos a pensão entre cônjuges divorciados decorre da ideia de que os direitos a pensão adquiridos por cada um dos cônjuges na constância do matrimônio resultam de um esforço comum. É por esta razão que a legislação alemã atribui ao cônjuge cujos direitos a pensão são menos elevados o direito à compensação dessa diferença, em valor, dos direitos a pensão adquiridos na constância do matrimônio. A obrigação de tomar em consideração a totalidade dos direitos a pensão adquiridos por um e outro cônjuge na pendência do casamento impõe que se integrem na compensação os direitos adquiridos na constância do matrimônio através de uma instituição de segurança social estrangeira, internacional ou supranacional. Daí não decorreria nenhuma ofensa dos direitos a pensão estrangeiros, internacionais ou supranacionais, posto que, segundo este governo, a compensação não se aplica directamente a esses direitos a pensão, antes resultando da aplicação do direito das obrigações no quadro de uma partilha entre ex-cônjuges (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

Vale ressaltar que, no caso do julgado acima explicitado, o pleito acerca da partilha da pensão dizia respeito apenas ao valor proporcional equivalente ao tempo de trabalho do ex-cônjuge na constância do casamento. Ou seja, os proventos de aposentadoria a serem compensados à ex-cônjuge no caso não eram da aposentadoria integral, mas proporcionais ao tempo de trabalho no período em que ambos estiveram casados. Trata-se, portanto, de uma divisão de proventos de aposentadoria feita após o divórcio para se equilibrar economicamente os proventos dos ex-cônjuges relativos à aposentadoria.

Já a interpretação do parágrafo 1.609 do BGB, parece bastante forçada, conforme será explicitado.

O referido parágrafo 1.609 trata da ordem de preferência para o recebimento da pensão alimentícia quando o obrigado a pagar a pensão é devedor de mais de uma pensão e não possui condições financeiras de arcar com todas.

O dispositivo determina que o primeiro lugar na ordem de preferência é do filho menor não casado e do filho maior de idade casado até que este complete 21 anos desde que resida na casa dos pais ou de algum parente e esteja estudando. O número 2 (equivalente ao inciso das legislações brasileiras) do artigo trata dos pais que cuidam dos filhos, dos ex-cônjuges após longos casamentos e, também neste último caso, dos ex-cônjuges que não têm condições de prover o próprio sustento. Por fim, o número 3 trata dos ex-cônjuges que não se encontram

aparados pelo número 2. Madaleno (2013) entende que no número 3 estariam inseridos os ex-cônjuges que se encontrarem em situação de desequilíbrio econômico-financeiro em relação ao outro.

Considerando que o artigo não trata das hipóteses em que é cabível a pensão, mas tão somente da ordem de preferência para o recebimento de pensão, e que não há previsão expressa do ordenamento jurídico quanto aos alimentos compensatórios, não parece razoável atribuir tal interpretação ao n° 3 do parágrafo 1.609 do BGB.

Diante disso, é perceptível que a partilha da aposentadoria prevista no parágrafo 1.587 do BGB é o instituto mais próximo dos alimentos compensatórios definidos pela doutrina brasileira e, portanto, precursor desse instituto na Europa e na América do Sul. Ainda assim, há clara divergência conceitual, já que o ex-cônjuge partilha sua aposentadoria, mas não seu inteiro patrimônio particular quando do divórcio.

Por influência da BGB, a França introduziu a chamada prestação compensatória em sua legislação, prevista nos arts. 270 e seguintes do Código Civil Francês (FRANCE, 1804-2016).

Esta lei regula de forma minuciosa os alimentos compensatórios, estabelecendo as situações em que é cabível, formas de pagamento, modificação das formas de pagamento, caso de morte do devedor, critérios de fixação e revisão.

O art. 270 do Código Civil francês determina que é cabível a pensão compensatória se houver disparidade entre os padrões de vida dos ex-cônjuges após o divórcio. Trata-se de pensão com natureza de pagamento integral em única parcela, ressalvadas as exceções em que isso não se mostra possível, podendo o pagamento ser efetuado em prestações periódicas em um prazo de até 8 (oito) anos, conforme preceitua o art. 275²⁷.

O Código Civil Francês trata esses alimentos como benefício e não como pensão alimentar propriamente dita. Inclusive, o juiz deve indeferir o pedido se verificar que não foram atendidas as circunstâncias previstas no art. 271 da referida lei ou que aquele que pleiteia os alimentos compensatórios for exclusivamente culpado pelo término da relação conjugal²⁸.

²⁷ No original: “Article 270. (Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 18 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005) Le divorce met fin au devoir de secours entre époux.

L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge.

Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture” (FRANCE, 1804-2016)..

²⁸ No original: “Article 271. (Modifié par LOI n°2010-1330 du 9 novembre 2010 - art. 101)

La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

A cet effet, le juge prend en considération notamment :

Quanto aos critérios estabelecidos pelo art. 271, eles compreendem a situação dos cônjuges no momento do divórcio e as condições em que estes devem se encontrar em um futuro próximo, utilizando como parâmetros a duração do casamento, a idade e condições de saúde de cada cônjuge, suas ocupações profissionais, as consequências para a vida profissional de um dos cônjuges se este se dedicou à educação dos filhos durante o casamento ou se favoreceu a carreira do outro em detrimento da sua, a estimativa ou previsibilidade do patrimônio de cada cônjuge após a partilha, as possibilidades de aposentadoria de cada um e os direitos existentes e futuros de cada um.

Por influência do Direito francês, a lei espanhola abraçou esse instituto em seu art. 97 e seguintes visando que àquele cônjuge que empobrecer em razão do divórcio receba os alimentos compensatórios. Para a fixação desses alimentos, o juiz deve analisar diversas circunstâncias antes de fixar os alimentos compensatórios, conforme explica Rolf Madaleno:

O Código Civil espanhol regula os alimentos compensatórios no artigo 97 e ordena que o juiz, na sentença, na falta de acordo do casal, determinará o montante dos alimentos compensatórios levando em conta uma sequência de circunstâncias que sob forma alguma irão influenciar nos direitos aos alimentos compensatórios, mas unicamente na sua quantificação, consistindo-se das seguintes variantes: a) os acordos a que chegaram os cônjuges; b) a idade e o estado de saúde; c) a qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego; d) a dedicação passada e futura à família; e) a colaboração com seu trabalho e as atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge; f) a duração do casamento e da convivência conjugal; g) a eventual perda de um direito de pensão; h) a riqueza e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge; i) qualquer outra circunstância relevante (MADALENO, 2013, p. 1000).

-
- la durée du mariage ;
 - l'âge et l'état de santé des époux;
 - leur qualification et leur situation professionnelles ;
 - les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
 - le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
 - leurs droits existants et prévisibles ;
 - leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.

[...]

Article 275 (Modifié par [Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 18 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005](#) / Modifié par [Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 6 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005](#))

Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires.

Le débiteur peut demander la révision de ces modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. A titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans.

Le débiteur peut se libérer à tout moment du solde du capital indexé.

Après la liquidation du régime matrimonial, le créancier de la prestation compensatoire peut saisir le juge d'une demande en paiement du solde du capital indexé” (FRANCE, 1804-2016).

No Direito espanhol, é expressa no Código Civil a possibilidade da cumulação dos alimentos compensatórios com a pensão alimentícia comum, conforme disposto no art. 90 do mesmo diploma legal²⁹.

Verifica-se, ainda, no direito espanhol a possibilidade do pagamento se dar em parcelas periódicas por tempo determinado ou indeterminado ou em parcelas únicas, o que se mostra o mais próximo do adotado pela doutrina brasileira.

A Argentina também introduziu os alimentos compensatórios em seu ordenamento constante dos arts. 441 e 442 do Código Civil e Comercial de 2015 (ARGENTINA, 2014-2016).

Nesse Código os alimentos compensatórios são denominados *compensación económica*, ou seja, compensação econômica. É bem semelhante ao previsto no Direito espanhol, contendo, da mesma forma, circunstâncias que devem ser levadas em consideração para sua fixação:

Artigo 441. Compensação econômica. O cônjuge a quem o divórcio produz um manifesto desequilíbrio que signifique um agravamento de sua situação e que tem por causa adequada o vínculo matrimonial e sua ruptura, tem direito a uma compensação. Esta pode consistir em uma prestação única, em uma renda por tempo determinado

²⁹ No original: “Artículo 90.

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

4. El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio” (ESPAÑA, 1889).

ou, excepcionalmente, por prazo indeterminado. Pode-se pagar com dinheiro, com o usufruto de determinados bens ou de qualquer outro modo que acordem as partes ou decida o juiz.

Artigo 442.- Fixação judicial da compensação econômica. Caducidade. A falta de acordo dos cônjuges no convênio regulador, o juiz deve determinar a procedência e o montante da compensação econômica com base em diversas circunstâncias, entre outras:

- a) o estado patrimonial de cada um dos cônjuges no início e no fim da vida matrimonial;
- b) a dedicação que cada cônjuge dispensou à família e à criança e a educação dos filhos durante a convivência e a que deve prestar posteriormente ao divórcio;
- c) a idade e o estado de saúde dos cônjuges e dos filhos;
- d) a formação profissional e a capacidade de acesso ao emprego do cônjuge que solicita a compensação econômica;
- e) a colaboração prestada às atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge;
- f) a atribuição de imóvel destinado a residência, e se recai sobre um bem comum, bem próprio, ou imóvel alugado. No último caso, quem paga as taxas de aluguel.

A ação para reivindicar a compensação econômica expira seis meses depois da emissão da sentença de divórcio (ARGENTINA, 2014-2016, tradução nossa)³⁰.

Clarividente, portanto, a influência do Direito espanhol no Direito argentino.

Feita essa breve comparação entre os ordenamentos jurídicos de alguns países no que diz respeito à inserção de dispositivos que tratam dos alimentos compensatórios, é importante abordar a origem da ideia dos alimentos compensatórios.

Do Direito alemão, precursor da ideia dos alimentos compensatórios no Ocidente, até a legislação argentina, há verifica-se uma intenção em comum, que é remunerar *a posteriori* o

³⁰ No original: “Artículo 441. Compensación económica El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Artículo 442.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio” (ARGENTINA, 2014-2016).

ex-cônjuge que se dedicou mais, ou exclusivamente, às tarefas do lar, incluindo o cuidado e educação dos filhos, abdicando, mais ou menos, de sua própria vida profissional.

Conforme visto, no Direito alemão se garante uma aposentadoria ao ex-consorte; no Direito francês, espanhol e argentino, se analisa, entre outras circunstâncias, a extensão dos cuidados de casa, que tem por decorrência lógica maior ou menor dedicação à vida profissional.

É possível extrair desses ordenamentos jurídicos, portanto, a noção de que a intenção dos alimentos compensatórios é realmente remunerar o trabalho conjugal e compensar a abdição profissional, sendo essa compensação feita com o patrimônio particular do outro cônjuge.

Assevera Pereira sobre o tema:

O caso clássico a justificar este tipo de pensionamento é o do cônjuge, historicamente a mulher, que, por acordo ainda que tácito, passou a vida dando o suporte doméstico para a educação e criação dos filhos ou abriu mão de sua profissão em prol da do outro cônjuge, e com isso possibilitou que ele se desenvolvesse profissionalmente, mas, por outro lado, tornou-se a parte economicamente mais fraca. Este tipo de pensão é também uma forma de se atribuir um conteúdo econômico ao “desvalorizado” trabalho doméstico (PEREIRA, 2012, p. 231).

Diante desse histórico da origem da ideia dos alimentos compensatórios e de sua previsão legal em diversos ordenamentos jurídicos, os doutrinadores brasileiros vêm, forçosamente, tentando incluir esse instituto no Direito pátrio, sendo um dos grandes aspirantes dessa ideia e considerado pioneiro dela no Brasil o autor Rolf Madaleno.

5.3 Natureza jurídica

A natureza de um instituto jurídico traduz sua base jurídica. É elemento essencial para se compreender sua finalidade e suas raízes no Direito, de forma que parte da natureza jurídica a possibilidade de aplicação dos institutos jurídicos.

Os alimentos compensatórios possuem natureza jurídica indenizatória, como previsto no art. 120 do Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, que visa inserir esse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O referido artigo tem a seguinte redação: “**Art. 120.** Cônjuges ou companheiros têm direito a adicionalmente pedir, a título indenizatório, alimentos compensatórios” (BRASIL, 2013, grifo do original).

Por ser indenizatória a natureza jurídica dos alimentos compensatórios, entende-se como necessária a análise do instituto da indenização no Direito brasileiro.

O dever de indenizar está contido na responsabilidade civil. Esta, por sua vez, advém da CR/1988, que determina em seu art. 5º, inc. X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada,

a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Diante desse preceito constitucional, o CC/2002, em seu art. 927, legisla sobre o direito de reparação daquele que sofrer danos em decorrência de ato ilícito de outrem. O mesmo diploma contempla nos arts. 186 e 187 o ato ilícito, que também pode ser reconhecido ante o abuso de direito (BRASIL, 2002).

A obrigação de reparar surge, então, da conduta daquele que gerou o dano. Na maioria das vezes, esta é um ato ilícito, sendo a conduta do agente elemento essencial da obrigação de indenizar.

Tem-se também como elementos essenciais o dano e o nexos causal entre a conduta e o dano. São tidos como essenciais pela doutrina pois devem estar presentes para que se caracterize a responsabilidade de indenizar.

Há ainda outros elementos, que a doutrina caracteriza como especiais por serem dispensáveis em determinados casos; são eles a culpa do agente, o risco e a solidariedade social.

Na perspectiva dos alimentos compensatórios, por sua natureza indenizatória, os elementos da obrigação de reparar devem, necessariamente, estar presentes ou não se poderia dar essa natureza a esse instituto.

Inicialmente, considera-se necessária a análise dos elementos da responsabilidade civil para posterior análise dos alimentos compensatórios contemplados em sua natureza.

A conduta do agente, na responsabilidade civil, é qualquer ação ou omissão, normalmente ilícita, ou abuso de direito que gere dano a outrem. O ato ilícito pode ser conceituado como: “[...] a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém” (TARTUCE, 2013a, p. 311).

Trata-se, portanto, de conduta, comissiva ou omissiva, fora dos limites da lei e/ou da CR/1988. No entanto, no conceito dado por Tartuce, não é qualquer ato contra o ordenamento jurídico que pode ser considerado ato ilícito para fins da responsabilidade civil; somente o que gere danos a outrem.

Por outro lado, não é unicamente a conduta fora dos limites da lei em si que configura ato ilícito. O abuso de direito, com o advento do Código Civil 2002, tornou-se prática ilícita, considerada ato ilícito.

Tartuce ressalta a importância de a lei considerar o abuso de direito como ato ilícito:

Justamente pelo que consta deste último dispositivo (art. 187 CC), percebe-se que o Código Civil brasileiro baseia a responsabilidade em dois alicerces: o ato ilícito e o abuso de direito. Trata-se de importantíssima inovação, eis que o Código Civil de 1916 amparava a responsabilidade civil somente no ato ilícito. A mudança é estrutural e merece grande destaque (TARTUCE, 2013a, p. 312).

A definição de abuso de direito dada pelo mesmo autor é:

Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Deste conceito conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências (TARTUCE, 2013a, p. 316).

Nessa perspectiva, o abuso de direito não é, a princípio, conduta ilícita. No entanto, em consequência de excessos praticados pelo agente, se o exercício regular de um direito extrapola os limites da boa-fé e acaba por gerar dano a terceiro, caracteriza-se aí o abuso de direito e, por consequência, a responsabilidade civil.

Há casos em que a conduta lícita gera o dever de indenizar por via de disposição legal, como, por exemplo, na desapropriação.

O dano, por sua vez, é a violação de um bem ou interesse jurídico do indivíduo, seja esse bem material ou não. Assim, tendo a conduta do agente atingido a esfera patrimonial ou moral de terceiro, gerou-se um dano.

Vale ressaltar que nem todo dano é indenizável. Para Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli, para ser indenizável, o dano deve ser composto de quatro requisitos: violação de interesse jurídico protegido, certeza, subsistência e imediatidade.

No entendimento dos referidos autores, a violação de interesse jurídico protegido é a “diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial pertencente a uma pessoa natural ou jurídica”. A certeza, por sua vez, se caracteriza pelo dano certo, ou seja, que pode ser mensurado; não se podendo imputar indenizável o dano hipotético. Já a subsistência é a necessidade de o dano existir quando pleiteado, não podendo ser considerado indenizável o dano já reparado no momento em que pleiteado em juízo. Por fim, a imediatidade é a possibilidade de indenizar somente os danos diretos e imediatos. Não obstante, há aceitação doutrinária e jurisprudencial da indenização pelos danos reflexos, ou seja, pelas consequências da conduta. São indenizáveis, no entanto, apenas pelas consequências diretas e imediatas, não sendo passíveis de reparação a consequência remota (WALD; GIANCOLI, 2011, p. 87-88).

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta do agente e o dano. Para se configurar o dever de indenizar, é necessário que o dano causado seja ligado à conduta do agente. Caso contrário, não é possível responsabilizá-lo.

Os elementos especiais que serão trabalhados neste estudo são a culpa e o risco.

Inserido no elemento culpa, tem-se o dolo. Para fins da reparação civil, independe se a conduta foi culposa ou dolosa, ambas geram o mesmo dever de indenizar³¹. A culpa é a não observância pelo agente de um dever de cuidado que deveria seguir com base nas condutas sociais pautadas. Já o dolo é a conduta ilícita consciente em que o agente está disposto a assumir as consequências.

Por fim, o risco caracteriza-se pela própria atividade. A atividade que tenha por si só um risco em sua execução gera o dever de indenizar caso o dano decorrente desse risco ocorra. A reparação civil pelo risco independe da culpa/dolo do agente. Wald e Giancoli observam que:

Finalmente, é importante observar que o risco alinha-se à ideia de periculosidade. A periculosidade integra a zona de expectativa legítima (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a periculosidade esteja em acordo com o tipo específico da atividade (critério objetivo). Em segundo lugar, o tomador da atividade deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não surpreende (critério subjetivo) (WALD; GIANCOLI, 2011, p. 133).

Portanto, tem-se que o risco é inerente à atividade ou produto, também é previsível, pois, caso não o seja, não se trata de risco, mas de caso fortuito ou força maior (WALD; GIANCOLI, 2011, p. 133).

Feita esta breve análise conceitual dos elementos da responsabilidade civil, passa-se à análise dos alimentos compensatórios como pagamento oriundo de indenização.

A conduta do agente, elemento precursor de toda obrigação de indenizar, deve ser encaixado nos alimentos compensatórios. Considerando que a obrigação de prestar esses alimentos é originada pelo divórcio e pela aquisição de patrimônio particular durante o casamento; estes se enquadrariam como os atos precursores da obrigação de indenizar.

Partindo-se da conduta como ato ilícito, a aquisição de patrimônio e o divórcio deveriam ser os atos ilícitos.

Pelo próprio conceito de ato ilícito já é possível excluir ambas as condutas como tal, conforme se verifica do conceito trazido por Madaleno: “[...] pratica ato ilícito quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (MADALENO, 2009/2010, p. 5-6).

Em análise jurídica detalhada, pode-se apreender que o divórcio (ou dissolução de união estável) em nenhuma hipótese pode ser considerado ato ilícito, uma vez que a vontade de manter a vida conjugal faz parte da autonomia privada e da liberdade de cada indivíduo. E, permitir que o Estado por meio de lei ou do Poder Judiciário determine que as pessoas devam se manter

³¹ A lei traz exceções em que se diferencia dolo e culpa para fins da responsabilidade civil, como a do art. 392 do CC/2002, mas que não são aplicáveis a este estudo.

um relacionamento sob pena de cometerem ato ilícito, é fazer retroagirem o Direito e a sociedade ao estado anterior à CR/1988.

Até mesmo os próprios aspirantes da teoria dos alimentos compensatórios afirmam, como conquista histórica do Direito de Família, o livre arbítrio de cada um de pôr fim à relação conjugal em que vive. Isso inclusive foi feito por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010, que pôs fim ao instituto da separação judicial:

A Emenda Constitucional 66, publicada em 14 de julho de 2010, deu nova redação ao §6º do art. 226 da CF, e com um só golpe alterou o paradigma de todo o direito das famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados tem um efeito simbólico. Deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos (DIAS, 2011, p. 296).

Portanto, com fundamento não somente em Dias, como também na esmagadora maioria dos autores, e também toda a base constitucional e legal do Direito que valoriza a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana e a liberdade; não se mostra compatível o com o direito brasileiro a possibilidade de o fim da vida conjugal ser considerado ato ilícito.

A aquisição de patrimônio durante o casamento ou união estável, por sua vez, é, até mesmo pelo bom senso, ato lícito. Mas, juridicamente, muito além de senso comum, tem-se que a limitação de aquisição lícita de patrimônio é inconstitucional.

A CR/1988 garante não só a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana³², mas também o direito a propriedade previsto no art. 5º, inc. XXII. Portanto, não se pode considerar ilícito civil a aquisição de patrimônio em nenhuma hipótese, e nenhum sentido faz limitar essa liberdade durante a vida a dois.

Baseando-se nas obrigações de indenizar cuja conduta não é ato ilícito, verifica-se que, ainda assim, é incompatível com o sistema jurídico que a natureza dos alimentos compensatórios seja indenizatória. Isso porque, será comprovado a seguir, não existe um dano a ser indenizado.

No tocante ao dano, ainda que se tivesse o fim da vida a dois ou a aquisição de patrimônio como atos ilícitos, tem-se que é inviável que qualquer dessas condutas gere dano indenizável a outrem.

O fim da vida a dois gera danos a ambos os ex-consortes, mas não se trata de danos indenizáveis com conseqüente responsabilidade civil. São danos emocionais e psíquicos

³² A autonomia privada abrange, por óbvio, a possibilidade de cada indivíduo adquirir seu próprio patrimônio lícitamente da forma que melhor lhe aprouver. E a dignidade da pessoa humana é abarcada dentro desta perspectiva, uma vez que faz parte da dignidade de cada um despende seu dinheiro ou ter seus bens sem interferência estatal.

decorrentes de mudanças da vida pessoal. Pode, até mesmo, gerar danos patrimoniais, mas estes são resolvidos por via da pensão de alimentos civis ou naturais (previstos no art. 1.694 do CC/2002), que são decorrentes do dever de assistência mútua entre os consortes previsto no art. 1.566, inc. III, do CC/2002:

Não é somente o parentesco a única fonte do vínculo alimentar, porquanto também subsiste a obrigação alimentar pela relação conjugal, proveniente do dever de mútua assistência, consubstanciado no inciso III do artigo 1.566 do Código Civil, não sendo esquecido o conceito mais amplo da mútua assistência, pelo fato de envolver não apenas a ajuda material, mas também a assistência moral (MADALENO, 2013, p. 969).

A aquisição de patrimônio durante a vida a dois não gera em nenhuma hipótese danos ao outro consorte. Não há sequer hipóteses jurídicas ou fáticas em que se possa verificar tal circunstância danosa. Um dos consortes pode até se sentir lesado pelo fato de não mais usufruir de patrimônio do outro porque a relação não mais subsiste. No entanto esse sentimento não configura dano real e não decorre de ato ilícito. Gera, talvez, desconforto material, sendo este suprido da mesma forma como os alimentos civis. Ademais, a queda do padrão de vida decorrente do fim da vida a dois é algo natural e inerente à circunstância, portanto, não indenizável.

Na mesma perspectiva da ausência de dano pelo fim da vida conjugal ou pela aquisição de patrimônio, vislumbra-se que, considerando essas condutas como lícitas ou ilícitas, suas consequências são as mesmas, conforme explicitado acima. Portanto, o dano indenizável inexistente de todo modo.

O nexo de causalidade é, e deve ser, inerente à existência da conduta e do dano. Não havendo qualquer desses elementos, não se pode estabelecer nexo de causalidade entre as condutas propulsoras dos alimentos compensatórios e o suposto dano, já que este inexistente.

A culpa, elemento da obrigação de indenizar, é inconsistente nos alimentos compensatórios.

Partindo-se, novamente, dos supostos atos ilícitos (ou lícitos) já descritos, tem-se que não se pode atribuir culpa pelo fim da vida conjugal. Esta é uma concepção antiga e ultrapassada que não possui nem mesmo previsão no ordenamento jurídico e não há muitos julgados nesse sentido.

O entendimento generalizado da doutrina, inclusive daquela que apoia os alimentos compensatórios, já eliminou a culpa pelo fim das relações a dois. Isso porque culpar alguém por não mais querer permanecer casado ou em união estável é ferir a Constituição da República na autonomia privada, dignidade da pessoa humana e liberdade:

Outra excessiva intervenção do Estado é a imputação de culpa pelo fim do casamento. Não cabe ao Estado impor a forma como a família irá se constituir, muito menos poderá normatizar sobre as causas que servem como motivação à sua desconstituição ou impor a união perpétua, como fazia até 1977, antes da Lei do Divórcio (PEREIRA, 2012, p. 184).

Mais incompatível, ainda, com o Direito brasileiro é a culpa por aquisição de patrimônio. Não se pode afirmar que adquirir patrimônio durante o casamento ou união estável é algo culpável.

Ainda que se considere que os alimentos compensatórios seriam um dos casos de obrigação de indenizar independente de culpa, esta aferição depende de previsão legal, conforme preceitua o art. 927 do CC/2002 em seu parágrafo único:

Art. 927. [...]

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Nem mesmo se houvesse previsão legal dos alimentos compensatórios como um desses casos, já foi cabalmente demonstrada a inexistência de dano, portanto não é cabível a indenização.

Quanto ao risco, também elemento da responsabilidade civil, para enquadrá-lo nos alimentos compensatórios, seria necessária a noção do casamento como um risco em si, de forma que toda e qualquer conduta durante a vida conjugal, como a aquisição de patrimônio, fosse um risco. Novamente, estariam feridas as garantias constitucionais da autonomia privada, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Portanto, o instituto dos alimentos compensatórios mostra-se inconsistente por sua própria natureza jurídica indenizatória, que é incompatível com todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com a CR/1988.

5.4 O Projeto de Lei do Senado nº 470/2013

A senadora Lídice da Mata, juntamente com o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propuseram, em 12/11/2013, o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013 (PLS 470/2013), apelidado de Estatuto das Famílias.

Esse projeto tem por objetivo destacar do CC/2002 toda a matéria referente ao Direito de Família para abordá-la em estatuto próprio visando à adaptação do Direito à realidade da sociedade brasileira, conforme explicitado na justificativa do projeto:

Assim, com o objetivo de reunir num só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la, apresentamos o Projeto de Lei (PLS 470/2013) que institui o Estatuto das Famílias. Constam do projeto regras tanto do direito material como processual, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, rapidez essa indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas. O projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna (MATA, 2014, p. 5).

Em muitos aspectos o PLS atende às necessidades da sociedade, especialmente no que toca ao reconhecimento das famílias socioafetivas, direitos sucessórios e parentesco afetivo.

O projeto também fez grandes avanços na execução de alimentos visando à possibilidade de inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, o que, na prática, já vem ocorrendo por admissão dos tribunais de todo o país, bem como a possibilidade de protesto extrajudicial do título que reconhece a obrigação de prestar alimentos.

No entanto, o art. 120 desse projeto prevê expressamente a possibilidade de se pleitear os alimentos compensatórios, inclusive reconhecendo sua natureza indenizatória: “Art. 120. Cônjuges ou companheiros têm direito a adicionalmente pedir, a título indenizatório, alimentos compensatórios” (BRASIL, 2013).

A justificativa apresentada no Projeto de Lei para a inserção desse instituto no Direito pátrio remete basicamente a seu conceito:

A possibilidade de serem requeridos alimentos compensatórios, entre cônjuges e companheiros, por ocasião da ruptura do vínculo de convivência, é prática que já vem sendo adotada por alguns tribunais e serve para amenizar o desequilíbrio econômico, no padrão de vida àquele que permanece com a titularidade dos bens e que asseguram ganhos que se tornam incomunicáveis (PROJETO, 2013, p. 73-74).

O § 1º do art. 120 do PLS 470/2013 estabelece os critérios para fixação dos alimentos compensatórios e a forma de pagamento. Os critérios atendem, de forma um pouco mais restrita, ao exigido pelas legislações francesa, espanhola e argentina, uma vez que determinam que, para a fixação dessa prestação de alimentos, devem ser observados o desequilíbrio significativo no padrão econômico, a frustração das legítimas expectativas, as condições da vida a dois e sua duração e a garantia de um mínimo existencial compatível com a dignidade da pessoa humana. O § 2º estabelece que a prestação pode se dar em parcela única ou parcelas periódicas temporárias ou permanentes (BRASIL, 2013).

Se for aprovado o PLS nº 470/2013 com a redação atual, constando a previsão dos alimentos compensatórios, se terá um instituto no ordenamento jurídico que não poderia deste fazer parte, já que sua natureza jurídica e seu próprio conceito se mostram incompatíveis com o sistema jurídico como um todo, inclusive com a CR/1988.

5.5 Os alimentos compensatórios e os regimes de bens

Antes de tratar da relação entre os alimentos compensatórios e os regimes de bens vigentes na legislação brasileira, necessária se faz uma breve análise acerca desses regimes.

Na legislação brasileira, tem-se a previsão de quatro regimes de bens diferentes. Cada um deles dispõe sobre a forma de administração do patrimônio, comum e particular, e sobre a partilha do patrimônio em caso de divórcio ou dissolução da união estável, influenciando, também, os direitos sucessórios do cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Os regimes de bens são de grande relevância para a vida conjugal, já que dizem respeito à alienação, administração do patrimônio do casal, propriedade dos bens durante o matrimônio e em caso de divórcio.

Tendo em vista a importância do regime de bens durante e após a vida a dois é que é livre aos nubentes ou aqueles que constituírem união estável escolherem o regime que melhor atender às necessidades peculiares de sua vida, ressalvadas as hipóteses do art. 1.641 do CC/2002, em que se estipula o regime de separação de bens como obrigatório.

A comunhão parcial de bens, atualmente o regime legal previsto no CC/2002³³, determina que os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento se comunicam; logo devem ser partilhados entre os consortes na proporção de cinquenta por cento para cada um, ainda que registrados em nome de apenas um dos cônjuges. Dessa forma, excluem-se os bens anteriores ao casamento ou união estável, doações e herança adquiridas em qualquer tempo, estes últimos por se tratarem de bens adquiridos a título gratuito.

Os demais regimes dependem de estipulação em pacto antenupcial para vigorarem.

O regime de comunhão universal de bens impõe que todos os bens adquiridos ou não na constância da vida conjugal, onerosamente ou não, se comunicam, devendo ser partilhados, em caso de divórcio, na proporção de cinquenta por cento para cada um dos consortes.

O pouco aplicado regime de participação final nos aquestos é um regime híbrido³⁴. Durante a constância da relação, ele funciona como o regime de separação universal de bens. No entanto, quando da dissolução da união, os bens a serem partilhados são aqueles adquiridos onerosamente na constância do casamento, podendo ser feitas compensações em bens ou em dinheiro, para que cada consorte receba exatamente a metade do que lhe cabe. Considerando

³³ “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou eficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (BRASIL, 2002).

³⁴ O PLS nº 470/2013 não contempla mais este regime, mantendo apenas os regimes de comunhão parcial, comunhão universal e separação de bens.

que, no momento da partilha, esse regime se assemelha ao de comunhão universal de bens, ele é tratado como um regime misto.

O regime da separação de bens estipula que os bens adquiridos na constância da vida comum serão partilhados para cada consorte na proporção de sua contribuição para a aquisição. Assim, os cônjuges ou companheiros tem uma relação de condomínio, cabendo a cada um o quanto contribuiu para a aquisição do bem partilhado. Logo, se um dos consortes não contribuiu, não tem direito à administração ou meação desse bem.

A separação obrigatória de bens é tratada no art. 1.641 do CC/2002, que assim determina:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2002).

Portanto, aquelas pessoas que se enquadrarem nas condições previstas nos incisos desse artigo devem, obrigatoriamente, se casar no regime de separação de bens.

A pensão compensatória, por sua vez, conforme já explicado no tópico 4.1, consiste em indenização paga de um cônjuge ao outro, quando um possuir mais patrimônio após o término da união e feita a partilha, visando manter o padrão de vida do cônjuge economicamente mais fraco, para pôr fim ao desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do fim da vida a dois.

5.5.1 Alimentos compensatórios e o regime de separação de bens

Considerando os regimes de bens existentes no Brasil, é possível afirmar que o único que se mostraria compatível com os alimentos compensatórios seria o de separação, por ser o mais apto a criar maior desequilíbrio de patrimônio entre os ex-consortes após o fim da vida a dois, tendo em vista que nele cada cônjuge tem direito apenas aos bens que contribuiu efetivamente para a aquisição.

No entanto, conforme será demonstrado, além de incompatível com todo o ordenamento jurídico brasileiro, o instituto também o é com o regime de separação de bens.

A escolha do regime matrimonial cabe aos cônjuges e diz respeito à autonomia privada e mínima intervenção estatal na vida conjugal. A autonomia privada é indispensável ao Direito de Família, uma vez que é inviável que as famílias exerçam sua liberdade e se organizem como

núcleo familiar se o Estado intervier nas decisões que concernem apenas àqueles envolvidos diretamente nas situações familiares.

Exatamente por isso, os juristas buscaram, e ainda buscam, cada vez mais a independência da família para que esta tome suas próprias decisões, independente da vontade estatal. Com base nessa autonomia e na mínima intervenção estatal, foi possível garantir a autonomia dos pais na criação e educação dos filhos, na escolha do regime de bens e, como exemplo clássico, no divórcio, de forma que os cônjuges podem optar por dissolverem a relação conjugal sem terem que dar satisfação ao Estado ou permanecerem casados por determinado período de tempo em razão de imposição legal.

Pelas razões expostas, a autonomia privada máxima nas relações familiares se transformou em princípio basilar do Direito de Família, como explica Pereira:

No texto constitucional está prevista também a liberdade do casal, no que concerne ao planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Do Código Civil atual pode-se extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família: ‘Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família’ (PEREIRA, 2012, p. 183).

Em contraponto, tem-se a questão da intervenção mínima do Estado. Esta também é necessária e inerente às relações familiares, uma vez que, se se busca maior autonomia privada, esta se dá com a mínima intervenção estatal.

O Estado não deve ser o controlador e regrador das famílias, que impõe normas de convivência aos núcleos familiares, mas sim o protetor, conforme a CR/1988 busca em seu art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

Essa especial proteção, por sua vez, não pode ser vista e praticada pelo Estado como fonte de intervenção, como ocorre com as legislações que regulamentam o dever conjugal de coabitação e de manter relações sexuais, por exemplo, mas como forma de garantir aos indivíduos da sociedade a própria realização pessoal dentro de seu núcleo familiar (PEREIRA, 2012). Até porque a família é base de construção e formação dos indivíduos.

Dentro dessa perspectiva de autonomia privada e mínima intervenção estatal não estão alocados somente os direitos inerentes ao corpo e à liberdade de educar os filhos ou de cada casal estabelecer entre si os próprios “deveres conjugais” de morarem na mesma casa ou não ou de fazerem sexo. Está inserida também a gerência pelos cônjuges da vida a dois, aí incluídas as decisões em comum acordo de ambos trabalharem ou não, do regime de bens que melhor

lhes atende e da forma como o patrimônio da família será adquirido ou gerido. E, de fato, nessas opções o Estado não intervém³⁵.

Os alimentos compensatórios têm o viés de indenizar o cônjuge economicamente desfavorecido após a ruptura do vínculo conjugal e feita a partilha de bens, de forma que o cônjuge que possuir menos patrimônio, independentemente do motivo, deve receber uma indenização em razão disso.

Diante disso, entre os regimes presentes na legislação brasileira, o único capaz de trazer maior disparidade de patrimônio quando do divórcio ou dissolução de união estável é o de separação de bens.

Isso porque, nesse regime, cada consorte tem direito apenas aos bens para cuja compra efetivamente contribuiu e na exata proporção da sua participação na aquisição. Portanto, não se comunicam os bens adquiridos a título gratuito e tampouco os bens adquiridos onerosamente por apenas um dos consortes, de forma que, se um dos consortes não adquirir patrimônio, não tem direito a qualquer bem na partilha decorrente da dissolução da união estável ou divórcio.

Entre os cenários mais comuns do cotidiano brasileiro e utilizados pelos juristas que defendem a tese dos alimentos compensatórios, tem-se os casos em que, historicamente, a mulher, após o casamento, abdica de sua vida profissional e passa a dedicar sua vida às tarefas do lar e educação e criação dos filhos, enquanto o homem se dedica à vida profissional e sustento do lar. Com base neste modelo de organização do núcleo familiar, diversos autores defendem o direito aos alimentos compensatórios para a mulher.

Ocorre que, sendo a autonomia privada e a mínima intervenção estatal princípios que regem as relações familiares, tem-se que o casal optou pelo regime de separação de bens e, igualmente, decidiu livremente como se daria a vida a dois e a administração do lar. Ou seja, foi o casal quem decidiu que o regime seria o de separação, assim como definiu sem qualquer intervenção estatal e utilizando da autonomia máxima que lhe foi conferida que um consorte ficaria por conta dos afazeres domésticos enquanto o outro trabalharia para prover o sustento familiar. Sobrevindo o fim da vida a dois, o ex-cônjuge que se vê desprovido de patrimônio particular se encontra nessa situação pelas escolhas que fez quando das decisões tomadas acerca do funcionamento e administração do lar.

Nesse contexto, se considerados cabíveis os alimentos compensatórios, o ex-consorte que trabalhou e adquiriu patrimônio deveria indenizar o outro pela ausência de bens após efetuada a partilha. Nessa hipótese, se caracterizaria uma intervenção estatal exacerbada (tanto

³⁵ A obrigatoriedade do regime de separação de bens, intervenção excessiva do Estado na vida privada, será tratada mais adiante.

se por previsão legal quanto se por decisão do Poder Judiciário), que colocaria fim às decisões inerentes da autonomia privada do casal, passando por cima de tudo o que foi convencionado entre este para reger a vida a dois, inclusive pelo regime de bens que o casal optou.

Outro contexto em que seria possível desequilíbrio econômico-financeiro após a partilha do patrimônio no casamento ou união estável regido pela separação de bens, seria no caso de um dos consortes não querer adquirir patrimônio durante todo o período da vida a dois ou administrar mal seus rendimentos a ponto de não conseguir adquirir qualquer propriedade. Ter-se-ia, assim, que aquele que não regeu sua vida patrimonial de forma adequada poderia pedir alimentos compensatórios ao outro, já que ao final da vida a dois haveria uma disparidade de bens a serem distribuídos na partilha.

Essa situação poderia se enquadrar em abuso de direito, pois prejudicaria o patrimônio de um em razão da má administração ou da liberdade do outro de não adquirir patrimônio.

No tocante à imposição legal prevista pelo art. 1.641 do CC/2002 de ser adotado o regime de separação de bens obrigatoriamente nos casos em que as pessoas que contraírem o casamento inobservarem as causas suspensivas, os maiores de 70 anos e daqueles que dependerem de suprimento judicial para casar, há grande discussão doutrinária, questionando-se a própria constitucionalidade do referido artigo e até mesmo a excessiva intervenção estatal na vida privada.

O primeiro caso em que se mostra a obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens é o dos casamentos celebrados sem observância das causas suspensivas, previstas no art. 1.523 do CC/2002. Trata-se de hipóteses em que pode ocorrer confusão patrimonial ou de sangue. São elas:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar

nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo (BRASIL, 2002).

Assim, com exceção da previsão do inc. II, que visa evitar a presunção de paternidade do filho nascido na constância do novo casamento, mas que seja fruto do casamento anterior, todas as demais causas são impostas em razão da confusão patrimonial. Vale ressaltar que nenhuma delas veda o casamento ou o torna nulo ou anulável, mas tem como punição a obrigatoriedade do regime de separação de bens. O inc. III do art. 1.641 impõe o regime da separação de bens àqueles que dependerem de suprimento judicial para se casar.

Nos casos dos incisos II e III, satisfeita a condição que deu causa à imposição legal do regime de separação de bens, os consortes podem alterar o regime para qualquer outro que quiserem, portanto não há limitação da autonomia privada permanente que restrinja a opção dos cônjuges de maneira perpétua na relação a dois.

No tocante à limitação da escolha do regime patrimonial daqueles maiores de 70 anos (inc. II do art. 1.641), esta disposição legal é fortemente combatida pela doutrina, uma vez que é reflexo de forte intervenção estatal e afronta à autonomia que semi-interdita a pessoa em razão de sua idade privando-a de um único ato: a escolha do regime de bens (PEREIRA, 2012, p. 167).

Ainda, para os que são limitados unicamente ao regime de separação de bens em razão da idade, não se admite a mudança do regime em momento posterior ao casamento, sendo este posicionamento considerado pelos autores inconstitucional:

No entanto, se o regime foi imposto em face da idade, ou seja, se um ou ambos os noivos tinham idade superior ao limite legal ao casar (hoje 70 anos), a jurisprudência não admite a alteração do regime de bens. A restrição é de flagrante inconstitucionalidade e a limitação é para a adoção do regime quando do casamento, não havendo qualquer restrição de idade para ser pleiteada a alteração durante o casamento (DIAS, 2011, p. 252).

Frente ao regime de separação obrigatória, os alimentos compensatórios têm a mesma lógica dos casos em que se pode optar pelo regime patrimonial. Ambos os cônjuges, ao se casarem, sabiam da condição de que só poderiam fazê-lo no regime de separação e concordaram com tal imposição legal.

Portanto, trata-se da autonomia, ainda que limitada quanto ao regime, mas de se casarem. Em caso de dissolução do casamento em momento posterior, não podem pleitear patrimônio alheio (entenda-se do outro consorte) porque se casaram no regime de separação por obrigação. Ainda que com imposição do regime, os cônjuges aceitaram se casar por vontade e exercício da autonomia, tendo conhecimento desde o início quanto ao regime.

Especialmente nos casos em que se pode alterar o regime de bens, se os consortes optaram por permanecer casados sob a égide do regime de separação, exerceram de forma plena a autonomia que lhes é conferida, portanto não cabe o pleito, após o divórcio e partilha do patrimônio, dos alimentos compensatórios sob o argumento da obrigatoriedade do regime. De forma mais restrita, os cônjuges exercem sua liberdade e autonomia de forma mais restrita que nos casos em que se pode escolher livremente o regime de bens.

Feito o divórcio, em qualquer das situações aqui expostas ou em qualquer casamento regido pela separação de bens em que um dos consortes tenha patrimônio e o outro não, aquele seria obrigado a indenizar este com base nos alimentos compensatórios, a fim de equilibrar a condição financeira de ambos os cônjuges.

Dessa maneira, ao pleitear os alimentos compensatórios buscando o equilíbrio econômico-financeiro, os cônjuges estariam, na realidade, partilhando o patrimônio mesmo se estivessem casados sob a égide do regime de separação de bens.

Ainda que não haja entrega efetiva do patrimônio, ou seja, ainda que não se entregue um imóvel e dois carros, por exemplo, o equivalente em valor é pago em dinheiro. Logo, aquele que paga os alimentos compensatórios tem uma diminuição patrimonial, enquanto aquele que recebe tem um acréscimo patrimonial, decorrente do patrimônio adquirido durante o casamento e em razão do divórcio.

Isso traduz, na prática, verdadeira partilha de bens, já que se calcula o quanto de patrimônio um dos ex-cônjuges possui e, com base em contas puramente matemáticas e levando em consideração o padrão de vida da família, estabelece-se o valor dos alimentos compensatórios. Tem-se, portanto, uma partilha forçada dos bens dentro do regime de separação.

Madaleno confirma, em outras palavras, essa partilha forçada:

A pensão compensatória resulta claramente diferenciada da habitual pensão alimentícia, porque põe em xeque o patrimônio e os ingressos financeiros de ambos os cônjuges, tendo os alimentos compensatórios o propósito específico de evitar o estabelecimento de um desequilíbrio econômico entre os consortes. Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável, e ingressam unicamente as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, na qual importa apurar a situação econômica enfrentada com o advento da separação e se um dos consortes ficou em uma situação econômica e financeira desfavorável em relação à vida que levava durante o matrimônio, os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material (MADALENO, 2009/2010, p. 19).

Imposta a partilha do patrimônio daqueles que foram casados pelo regime da separação de bens, ter-se-ia o fim desse regime, tornando-se letra morta da lei. Restaria apenas a

administração dos bens ao longo da vida conjugal, o que poderia ser previsto em pacto antenupcial, não sendo necessário regime de bens específico apenas para regulamentar a administração de patrimônio.

Portanto, resta demonstrado que os alimentos compensatórios não são somente incompatíveis com o ordenamento jurídico por sua própria natureza, mas também com o regime de separação de bens, ao qual põem fim.

5.5.2 Alimentos compensatórios e o regime de participação final nos aquestos e comunhão parcial de bens

Cabe a análise conjunta do regime de participação final nos aquestos e da comunhão parcial de bens, uma vez que, para análise dos alimentos compensatórios importam apenas os bens que podem ou não ser partilhados em cada um dos regimes.

Em ambos a partilha dos bens onerosamente adquiridos na constância da vida em comum é feita na proporção de cinquenta por cento para cada ex-cônjuge. Assim, os bens adquiridos por doação ou herança não são partilháveis, pertencendo apenas àquele que os recebeu.

Diante disso, seria possível um ex-consorte pleitear os alimentos compensatórios em desfavor do outro visando ser indenizado pela existência de bens particulares que foram adquiridos a título gratuito, sob o argumento de que esses bens garantiam o padrão de vida do casal, portanto o desequilíbrio adveio no momento em que esse patrimônio não pôde ser partilhado.

Como ocorre com o regime da separação de bens, seria uma partilha forçada do patrimônio que não pertence a um dos ex-consortes, colocando fim também a esses regimes, já que partilharia os únicos bens que não são comuns.

5.5.3 Alimentos compensatórios e regime de comunhão universal de bens

Os alimentos compensatórios, por definição, visam amenizar o desequilíbrio econômico-financeiro gerado após a partilha do patrimônio pelo casal.

No entanto, com base neste conceito e analisando o regime de comunhão universal de bens, tem-se que não há possibilidade de um casamento ou união estável regido por esse regime, uma vez dissolvido, gerar o referido desequilíbrio. Isto porque a totalidade dos bens,

particulares ou não, adquiridos ou não por título oneroso é partilhada. Portanto, necessariamente ambos os ex-consortes terão exatamente o mesmo patrimônio.

Diante disso, são inaplicáveis os alimentos compensatórios à espécie, já que o próprio “fato gerador” desse instituto alienígena inexistente.

5.5.4 Alimentos compensatórios e o regime convencional em pacto antenupcial

Os noivos, quando se casam, podem optar por um dos regimes vigentes na legislação brasileira, assim como podem, por meio do pacto antenupcial, mesclarem os regimes e estipularem cláusulas da forma que melhor lhes aprouver.

Os doutrinadores favoráveis aos alimentos compensatórios verificam a possibilidade de pleitear alimentos compensatórios até mesmo nessa hipótese, ao afirmarem que pode pleiteá-los o cônjuge que ficar sem patrimônio após a partilha, mesmo que isso tenha se dado por acordo entre os consortes:

Produzindo o fim do casamento desequilíbrio econômico entre o casal, em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. [...] **Faz jus a tal verba o cônjuge que não perceber bens, quer por tal ser acordado entre as partes**, quer em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos (DIAS, 2011, p. 548, grifo nosso).

No mesmo sentido entende Madaleno:

Faz jus aos compensatórios aquele que, quando do desfazimento do vínculo conjugal, seja em razão do regime patrimonial, seja porque assim acordado entre as partes, não percebe bens que poderiam garantir o padrão de vida de antes (MADALENO, 2004, p. 211, grifos nossos).

Nos casos que os autores apresentam, o acordo entre as partes deve ser entendido como aquele feito em cláusula de pacto antenupcial. Isso porque, é antes da realização do matrimônio que, em regra, os nubentes acordam tudo aquilo que desejam para reger a vida patrimonial durante a vida a dois.

A possibilidade de optar pelo regime que julgar melhor para o contexto do casal ou de criar regras novas, mesmo que não previstas na legislação, é uma das formas mais plenas de exercício da autonomia privada do casal.

No entanto, se o próprio casal, por decisão mútua em pacto antenupcial, definiu determinadas cláusulas que acarretaram a ausência de patrimônio a um dos consortes após a partilha dos bens, isso ocorreu por liberalidade e vontade de ambos os consortes.

O pleito dos alimentos compensatórios, mesmo com acordo entre as partes em pacto antenupcial, elimina toda a autonomia das partes e a segurança jurídica do regime de bens. Aquele que recebe o patrimônio em razão da partilha, qualquer que tenha sido o acordo, agiu de boa-fé e cumprindo o consenso mútuo, não se mostrando em consonância com a boa-fé e segurança jurídica que seja surpreendido com o pedido de alimentos compensatórios e mais ainda com sua condenação.

A escolha do regime de bens e, principalmente, a estipulação de cláusulas do pacto antenupcial de forma livre traduzem não só a autonomia privada do casal, mas a segurança jurídica da obrigatoriedade de cumprimento das normas ali estabelecidas, pela lei ou pela vontade das partes.

Os alimentos compensatórios acabam por retirar a segurança jurídica garantida pelo pacto antenupcial, que é traçado visando, na grande maioria das vezes, proteger exclusivamente o patrimônio do casal.

Assim como é incompatível com o instituto da responsabilidade civil e o regime de separação de bens, os alimentos compensatórios põem fim ao pacto antenupcial.

5.6 Alimentos civis x alimentos compensatórios

Os alimentos previstos no art. 1.694 do CC/2002 prevê a possibilidade de um ex-consorte pagar ao outro pensão alimentícia sempre que se mostrar a necessidade deste e a possibilidade daquele.

Essa necessidade deve ser compreendida como a ausência de recursos suficientes de um ex-cônjuge para prover seu próprio sustento, devendo se considerar não só o sustento material, mas também a educação, desenvolvimento de atividade intelectual, lazer e cultura e a própria manutenção do padrão social de vida do casal.

Maria Berenice Dias e Felipe Matte Russomanno esclarecem:

Todos estes fatores deram um novo colorido à obrigação de alimentar, na busca pela superação de antigas injustiças. A expressão alimentos se tornou cada vez mais abrangente, não só para satisfazer necessidades físicas, psíquicas, intelectuais, **mas também para manter o padrão de vida que a família sempre usufruiu** (DIAS; RUSSOMANNO, 2013, p. 11, grifo nosso)

No mesmo sentido, Madaleno explica:

Alimentos civis ou congruos são aqueles destinados à manutenção da condição social do credor de alimentos, incluindo a alimentação, propriamente dita, o vestuário, a habitação, o lazer e necessidades de ordem intelectual e moral, cujos

alimentos são quantificados em consonância com as condições financeiras do alimentante (MADALENO, 2013, p. 855, grifo nosso).

Portanto, nos casos em que um dos ex-cônjuges/companheiros, mesmo possuindo a parte dos bens que lhe cabe, ainda necessite de auxílio material em razão de não trabalhar ou trabalhar e não possuir renda necessária para se sustentar, deve receber alimentos civis do outro que possui condições financeiras. A justificativa é que esses alimentos visam não somente à sobrevivência do alimentando, mas à manutenção de seu padrão social, o que se traduz na manutenção do padrão de vida.

A intenção dos alimentos compensatórios, por sua vez, é proporcionar o padrão de vida gozado pelos cônjuges ou companheiros enquanto viviam em comunhão, por meio da partilha de bens não comunicáveis, visando a um equilíbrio econômico-financeiro entre os ex-cônjuges.

Se os alimentos civis são fixados com intuito, não só de sustento, mas também de manutenção do padrão de vida, e os alimentos compensatórios são estabelecidos com o objetivo de reestabelecer o desequilíbrio econômico-financeiro após a partilha dos bens, para manter o padrão de vida entre os ex-consortes, verifica-se um conflito entre os dois institutos.

Isso porque, o cônjuge devedor dos alimentos civis é, por decorrência lógica, devedor dos alimentos compensatórios, e isso o leva a arcar com duas verbas para atingir a mesma finalidade. Por outro lado, o credor de alimentos recebe em duplicidade duas verbas para manter seu padrão de vida.

O conflito se mostra na medida em que o pagamento simultâneo das duas prestações alimentares leva ao empobrecimento de um dos cônjuges e enriquecimento do outro. E este enriquecimento, por decorrer de duas verbas com a mesma finalidade é, por sua vez, sem causa.

O enriquecimento sem causa é ilícito e se configura pelo empobrecimento de um, enriquecimento de outro sem causa jurídica que justifique essa situação. Mas, ainda que haja uma causa jurídica, o pagamento em duplicidade de uma mesma prestação pecuniária caracteriza o enriquecimento ilícito.

Dessa forma, além de os alimentos civis já suprirem qualquer desequilíbrio econômico entre os cônjuges, tendo em vista que o devedor desses alimentos deve manter o padrão de vida do outro, é antijurídico que os alimentos compensatórios coexistam com os alimentos civis por gerar o repugnado enriquecimento ilícito.

Assim, conforme se explicou quando do estudo da natureza dos alimentos, no tópico 4.1, o cônjuge ou companheiro obrigado a prestar alimentos civis deve manter o padrão de vida de quem os recebe, proporcionando, juntamente com a partilha dos bens, o almejado equilíbrio econômico-financeiro dos alimentos compensatórios.

Diante disso, os alimentos compensatórios se mostram, também, incompatíveis com o instituto dos alimentos civis.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho científico abordou em diferentes análises a inaplicabilidade do instituto doutrinário chamado alimentos compensatórios.

Desenvolveu-se um estudo acerca da evolução da autonomia privada e mínima intervenção estatal no Direito como todo e mais especificamente no Direito de Família, demonstrando a busca histórica pelo equilíbrio trazido com a Constituição da República de 1988 e com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Os alimentos compensatórios demonstraram o retrocesso do Direito de Família a uma forte intervenção estatal na vida patrimonial do casal, mostrando-se, portanto, incompatível com o ordenamento jurídico.

A natureza jurídica indenizatória dos alimentos compensatórios demonstrou, por si só, sua inaplicabilidade e incompatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto da responsabilidade civil no que toca à indenização pressupõe ato ilícito, dano, nexos causal e culpa, elementos que não se mostram presente em nenhum viés nos alimentos compensatórios. Portanto, concluiu-se pela inconsistência do instituto ante a falha em sua natureza jurídica.

Foi apresentada a incompatibilidade com os regimes de bens, mostrando que com a comunhão universal, a comunhão parcial e a participação final nos aquestos os alimentos compensatórios são inaplicáveis. E na relação dos alimentos compensatórios com o regime de separação de bens há total incompatibilidade, sendo que a efetivação do instituto objeto do presente trabalho colocaria fim a esse regime por impossibilitar a não partilha e não participação de um cônjuge no patrimônio do outro, mais ainda quando do divórcio ou união estável.

Ainda, acolhido o instituto estudado na legislação pátria, se permitirá ao Estado forte intervenção na vida privada, já que os nubentes optaram pelo regime e pela forma de administração do lar e aquisição de patrimônio ao longo da vida conjugal, não podendo o Estado, após o fim desta, determinar indenização em razão das escolhas feitas pelo casal.

A intervenção estatal se mostraria também abusiva nos casos de pactos antenupciais e acordos de união estável, em que o casal determina em instrumento próprio toda a vida patrimonial. Após o fim dessa relação, não pode o Estado desconstituir o contrato feito entre as partes e simplesmente determinar uma indenização que tenha como causa a acumulação de patrimônio previamente pactuada.

Os alimentos compensatórios tampouco são compatíveis com os alimentos civis, previstos para que aquele que os recebe mantenha seu padrão de vida. Ou seja, os alimentos

assistenciais já suprem o desequilíbrio econômico que possa vir a surgir com o divórcio ou dissolução de união estável.

A aplicação dos alimentos compensatórios pelos tribunais demonstrou, com base em pesquisa jurisprudencial, a incompreensão pelos magistrados do instituto, gerando grande confusão conceitual entre os alimentos compensatórios e os frutos civis do patrimônio comum antes da partilha.

É possível deduzir que a confusão ocorre pela estranheza do instituto perante todo o ordenamento e conceitos jurídicos que o abarcam, o que, por consequência, o tornou praticamente inexistente na prática, não obstante a forçosa tentativa de inserção por profissionais da área.

O Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, que tenta introduzir os alimentos compensatórios na legislação brasileira, não teve ainda nenhuma crítica acerca do tema problema. No entanto a presente pesquisa demonstra que, independente de previsão legal, o instituto não pode ser aplicado no Brasil em razão de sua total incompatibilidade com diversos conceitos, legislações, princípios e com a própria Constituição da República de 1988.

Após todas as abordagens feitas, conclui-se que os alimentos compensatórios não são, e nem devem ser, abraçados pelo ordenamento jurídico ou pela jurisprudência brasileiros, por serem carregados de subjetivismo, incoerência e lacunas, descaracterizando institutos consolidados e ameaçando o Direito de Família de insegurança jurídica, por desconstituir toda a autonomia privada concedida ao casal e se sobrepor à vontade das partes.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. 2009. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvesLB_1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.
- ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2016. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.
- BASTO, Tereza Calia de Magalhães. **O crédito de compensação a favor de um dos ex-cônjuges – em especial**: confronto com a obrigação de prestar alimentos. 2014. 43 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Centro Regional do Porto, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16047/1/Teresa%20Magalh%C3%A3es%20Basto%20-%20UCP%20-%20340108119.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. (Constituição). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 470/2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **DSF**, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057>>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **DOU**, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- BRASIL. Lei nº 5.478, de 15 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **DOU**, 26 jul. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **DOU**, 17 jan. 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **DOU**, 27 dez. 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões: direito de família patrimonial**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. v. V.

COLLOMBET, Catherine. Consensus et médiation dans les séparations parentales en Europe. **Politiques sociales et familiales**, v. 117, n. 1, p. 75-79, sept. 2014. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/caf_2101-8081_2014_num_117_1_3011>. Acesso em: 1º out. 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Rede Judiciária Europeia. **Alimentos – França**. Atual. em 6 ago. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_fra_pt.htm>. Acesso em: 1º out. 2016.

DERREVERE, Jon. D.; STUART, A. Markus. Alimony legislation. **Florida Bar News**, 1 Apr. 2013. Disponível em: <<https://www.thefreelibrary.com/Alimony+legislation.-a0344281406>>. Acesso em: 23 set. 2016.

DEUTSCHLAND. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; RUSSOMANNO, Felipe Matte. Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir! **Revista IBDFAM: família e sucessões**, n. 0, p. 11-22, nov./dez. 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0029585-77.2013.8.07.0000. Rel.: Des. João Egmont – 2ª Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Santa Maria. **DJ**, 15 abr. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/nUhiuc>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Recurso de apelação nº 0022505-14.2013.8.07.0016. Rel.: Des. Alfeu Machado – 1ª Turma Cível. **DJ**, 15 out. 2014. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoRe>

sultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=825822>. Acesso em: 07 set. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo regimental em agravo de instrumento nº 0003015-83.2015.8.07.0016. Rel.: Des. Simone Lucindo – 1ª Turma Cível. **DJ**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=854955>. Acesso em: 07 set. 2016.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. **BOE**, núm. 206, de 25/07/1889. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 1º out. 2016.

FONTAINE, Maëlle; STEHLÉ, Juliette. Les parents séparés d'enfants mineurs: quel niveau de vie après une rupture conjugale? **Politiques sociales et familiales**, v. 117, n. 1, p. 80-86, sept. 2014. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/caf_2101-8081_2014_num_117_1_3012>. Acesso em: 1º out. 2016.

FRANCE. **Code Civil**. 21 mars 1804. Version consolidée au 20 novembre 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 1º out. 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 86557-08.2016.8.09.0000. Rel.: Des. Sandra Regina Teodoro Reis – 6ª Câmara Cível. **DJ**, 29 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/imprimir.php?tipo=Juris&recursos=86557082016809000%2020160621>>. Acesso em: 10 out. 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 448090-94.2013.8.09.0000. Rel.: Des. Sergio Mendonça de Araujo – 4ª Câmara Cível. **DJ**, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/imprimir.php?tipo=Juris&recursos=4480909420138090000%2020140821>>. Acesso em: 10 out. 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. Pensão compensatória: efeito econômico da ruptura convivencial. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 13, n. 69, p. 117-128, 2012.

JACQUOT, Alain. Divorce, pension alimentaire et niveau de vie des parents [Une étude à partir de cas types]. **Recherches et Prévisions**, v. 67, n. 1, p. 37-62, 2002. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/caf_1149-1590_2002_num_67_1_1003>. Acesso em: 20 set. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 11, n. 13, p. 5-29, dez./jan. 2009/2010.

MASILKO, Vilem; VANECEK, Stanislav. L'objectivation du montant de la pension alimentaire des enfants mineurs dans les Etats socialistes d'Europe. **Revue internationale de droit comparé**, v. 21, n. 1, p. 135-143, jan./mars 1969. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1969_num_21_1_17318>. Acesso em: 1º out. 2016.

MATA, Lídice da. **Estatuto das Famílias**. Apresentação do PLS 470/2013 para debates. Brasília/DF: 2014. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0024.10.066.931-6/002. Rel.: Des. Eduardo Andrade – 1ª Câmara Cível. **DJ**, 2 abr. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/vTSTReg>>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.012656-4/001. Rel.: Des. Relator Elias Camilo – 3ª Câmara Cível. **DJ**, 16 dez. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/Xng9VT>>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0707.08.171794-4/001. Rel.: Des. Moreira Diniz – 4ª Câmara Cível. **DJ**, 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0707.08.171794-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0145.12.042114-7/005. Rel.: Des. Edilson Fernandes – 6ª Câmara Cível. **DJ**, 29 mai. 2015. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=C B12BB252770EDC3CF7D230EC327C3A0.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0121617-65.2015.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0024.14.206518-4/001. Rel.: Des. Afrânio Vilela – 2ª Câmara Cível. **DJ**, 1º dez. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0640504-74.2014.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0382.14.000452-6/001. Rel.: Des. Afrânio Vilela – 2ª Câmara Cível. **DJ**, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0110346-93.2014.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º out. 2016.

MOLINA, Cristián Luis Lepin. La pensión compensatoria en el derecho español. **Revista del Magister y Doctorado en Derecho**, n. 2, p. 91-117, 2008. Disponível em: <<http://zip.net/bptyv6>>. Acesso em: 23 set. 2016.

OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). **Textos de Direito da Família**: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20185/1/Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20alimentos%20entre%20ex-c%C3%B4njuges.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Saraiva, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PROJETO de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado. **IBDFAM**, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado>>. Acesso em: 7 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0524144-20.2013.8.21.7000. Rel.: Des. Alzir Felipe Schmitz – 8ª Câmara Cível. **DJ**, 10 mar. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/BRRLa>>. Acesso em: 1º out. 2016.

ROBLES, Isabel Veja; SMITH-CASTRO, Vanessa. Correlatos y predictores del cumplimiento de pago de la pensión alimentaria en padres divorciados o separados. **Interam. j. psychol.**, Porto Alegre, v. 43, n. 2, p. 395-404, ago. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-96902009000200020>. Acesso em: 23 set. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2013.060769-1. Rel.: Sergio Izidoro Heil – 5ª Câmara de Direito Civil. **DJ**, 6 mar. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Y12fsW>>. Acesso em: 1º out. 2016.

SANTIAGO, Pilar Gutiérrez; AMADO, Juan Antonio García. La <<vida marital>> como causa de extinción de la pensión compensatória (paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil). **Revista Digital Facultad de Derecho**, Madrid, Uned, n. VI, Junio 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bwtxhl>>. Acesso em: 1º out. 2016.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. **Tutela jurisdicional ao direito a alimentos**: efetividade do processo e execução da prestação alimentar. 2009. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23042010-145528/publico/Dissertacao_Completa_Clilton_Guimaraes_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2069126-55.2013.8.26.0000. Rel.: Des. Maria da Cunha – 4ª Câmara de Direito Privado. **DJ**, 18 fev. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/iLo030>>. Acesso em: 1º out. 2016.

SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso. **RIDB**, ano 2, n. 6, p. 5841-5850, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05841_05850.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

SOUZA, Ionete de Magalhães; SIQUEIRA, Heidy Cristina Boaventura. Alimentos compensatórios e o equilíbrio econômico com a ruptura matrimonial ou da união estável. **Revista Síntese: direito de família**, v. 14, n. 75, p. 137-144, dez./jan. 2012/2013.

STARNES, Cynthia Lee. Alimony theory. **Family Law Quarterly**, American Bar Association, 45, n. 2, p. 271-291, Summer 2011. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/23034392?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 23 set. 2016.

STIMAMIGLIO, Débora; BERTANI, Bianca Corbellini. Alimentos compensatórios: possível indenização entre ex-cônjuges para o restabelecimento do equilíbrio econômico. **Revista Destaques Acadêmicos**, Lajeado, v. 8, n. 2, p. 131-151, 2016. Disponível em: <<http://zip.net/bftxH9>>. Acesso em: 1º out. 2016.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013a. v. 2.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013b. v. 3.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre os cônjuges. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). **Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 573-652. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20185/1/Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20alimentos%20entre%20ex-c%C3%B4njuges.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. CVRIA. Tribunal de Justiça. **Processo nº C-430/97**. Rel.: Jann Sevón Wathelet – Primeira Secção. Luxemburgo, 10 de junho de 1999. Disponível em <<https://goo.gl/1EQ7eK>>. Acesso em: 1º out. 2016.

UNIÃO IBÉRICA. **Ordenações Filipinas**. 1595. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p212.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Org.). **Nova realidade do direito de família: doutrina e jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 52-59.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967-2004.

APÊNDICE A

O item 4.4 demonstrou que os tribunais do país não compreendem de forma clara o conceito dos alimentos compensatórios, aplicando esta terminologia muitas vezes para se referir a institutos diversos.

A grande maioria dos acórdãos nomeiam de alimentos compensatórios os frutos civis, atualmente chamado por Rolf Madaleno (MADALENO, 2013) e Maria Berenice Dias (DIAS, 2011) de alimentos ressarcitórios.

Não se pode dar esta nomenclatura ao instituto dos frutos civis, por ser, na realidade, o pagamento ao cônjuge da sua própria parte do patrimônio que está na administração do outro. Portanto, é um repasse a um dos cônjuges, pelo outro, daquilo que lhe pertence.

O objetivo do presente apêndice é apresentar, para exemplificar e ilustrar, algumas decisões dos tribunais de justiça de Minas Gerais, Distrito Federal e Territórios e Goiás e explicitar a confusão conceitual entre os alimentos compensatórios e frutos civis. Serão apresentadas decisões proferidas de forma acertada, que representam pequena parte dos julgados do país.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. MAJORAÇÃO DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO. **Os alimentos compensatórios visam reduzir os efeitos do desequilíbrio econômico entre o casal, mormente quando um dos cônjuges fica na administração exclusiva dos bens comuns.** Tendo em vista que os alimentos compensatórios fixados pelo juízo de origem restabelece o equilíbrio financeiro econômico entre o casal, não há que se falar na redução ou no decote da verba. (MINAS GERAIS, 2015, grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - ALIMENTOS PROVISIONAIS - INCAPACIDADE LABORATIVA - SUBSISTÊNCIA - COMPROVAÇÃO AUSENTE - ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS - ADMINISTRAÇÃO EXCLUSIVA DE BEM COMUM - FIXAÇÃO DEVIDA - DECISÃO MANTIDA

A ação cautelar tem a finalidade de obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional almejada na ação de conhecimento ou executiva. O arbitramento de alimentos provisionais em sede de ação cautelar se faz possível desde que, no caso de cônjuge, seja demonstrada a incapacidade laborativa deste e a necessidade dos alimentos para sua subsistência.

O ex-cônjuge varão que se encontra na administração da empresa de propriedade do casal deve destinar ao ex-cônjuge virago verba alimentar de natureza compensatória. (MINAS GERAIS, 2014, grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA - ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS - DESEQUILÍBRIO PATRIMONIAL - POSSE EXCLUSIVA SOBRE PATRIMÔNIO COMUM - VALOR - MINORAÇÃO - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA

Diversamente dos alimentos fundados no dever de mútua assistência (artigo 1566, III, do CC/2002), **a verba alimentar de cunho compensatório visa recompor eventual desequilíbrio patrimonial verificado em situações em que, por exemplo, um dos cônjuges exerça com exclusividade a posse do patrimônio comum.** (MINAS GERAIS, 2014, grifo nosso)

Nas três ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais verifica-se a menção aos alimentos compensatórios associados à administração por um dos cônjuges do patrimônio comum.

Se há patrimônio comum, não houve a partilha dos bens, razão pela qual não se pode falar em alimentos compensatórios tendo em vista que estes seriam cabíveis apenas se, após a partilha dos bens comuns, houvesse um desequilíbrio econômico-financeiro.

Os julgados tratam exclusivamente de pagamento a um dos cônjuges do valor que lhe pertence referente ao patrimônio comum, antes de ultimada a partilha dos bens.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios os entendimentos passam pelo mesmo equívoco:

CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM UM SALÁRIO MÍNIMO. RAZOABILIDADE. PROVA DA NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MAIOR INCURSÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA.

1. Reconhece-se que o divórcio sem a promoção da partilha do patrimônio comum autoriza a **imposição de obrigação de mútua assistência e que a posse exclusiva do patrimônio por um dos ex-cônjuges impõe a prestação de alimentos, denominados pela doutrina de alimentos compensatórios, pois destinados a compensar o desequilíbrio econômico provocado pela ruptura conjugal, até que seja restabelecido o equilíbrio patrimonial com a devida divisão de bens.**

2. Os alimentos devem garantir o necessário à manutenção do alimentando, assegurando-lhe meios de subsistência, a fim de que possa viver com dignidade. De acordo com o disposto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

3. No caso, observa-se que a partilha dos bens do casal ainda não foi realizada, que o cônjuge varão detém a posse de bens comuns e que a retirada do cônjuge virago da sociedade empresarial importou na suspensão do recebimento da quantia noticiada de 2 (dois) salários mínimos, causando-lhe, portanto, redução de renda. 3.1. A estipulação liminar de pensão alimentícia no valor de um salário mínimo se mostra razoável, uma vez demonstrada a necessidade da alimentanda e a possibilidade do alimentante.

4. Recurso improvido. (DISTRITO FEDERAL, 2014, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS CAUTELARES PROVISIONAIS. LIMINAR. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. EXAME MINUDENTE

EM SEDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CÔNJUGE NA ADMINISTRAÇÃO DE BEM COMUM DO CASAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DIVISÃO DOS FRUTOS CIVIS. QUADRO PLAUSÍVEL DE DESEQUILÍBRIO. CABIMENTO DE ALIMENTOS PROVISIONAIS COMPENSATÓRIOS AO LADO DAQUELES NECESSÁRIOS À SUBSISTÊNCIA. FIXAÇÃO DE TERMO FINAL. PROVISORIEDADE INERENTE À TUTELA DE URGÊNCIA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO INTERNO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE ASSEGURADO.

1. O exame atinente ao binômio necessidade/possibilidade tem pertinência após a formação do contraditório perante o primeiro grau, bem como quando oportunizada a produção de provas que possibilitem a elucidação de tais variáveis, de tal sorte que não é possível antecipar, sob intento de esgotamento, essa discussão e exame na ocasião de agravo de instrumento interposto em face de liminar de ação cautelar de alimentos provisionais. Nesse sentido, revela-se suficiente o exame dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

2. Se um dos cônjuges encontra-se na administração de parte do patrimônio apta a produzir frutos civis (sociedade empresária), **até que seja efetivada a divisão do patrimônio do casal no bojo de ação de divórcio em trâmite, é de direito o acesso aos frutos dos bens comuns do casal, inclusive àqueles havidos da atividade empresarial, o que ilustra a presença da fumaça do bom direito - diante do manifesto quadro de desequilíbrio entre os litigantes** - quanto à fixação de alimentos cautelares provisionais que façam frente não só às necessidades de subsistência da requerente, **como também ao desequilíbrio decorrente da separação (alimentos compensatórios).**

3. Não possui pertinência o pleito de fixação de termo final para os alimentos provisionais, uma vez que, por se tratar de tutela de urgência, é inerente a provisoriedade, de tal sorte que, com a prolação da sentença, será reconhecido, ou não, o direito aos alimentos, momento no qual caberá ao juízo fixar, se assim entender, termo final para os alimentos em favor de ex-cônjuge.

4. O princípio da colegialidade fica preservado ante a possibilidade de interposição de agravo interno, o que torna superado qualquer traço de nulidade (EDcl nos EDcl no AREsp 269.971/SP, DJe 10/06/2013).

5. Agravo regimental conhecido e não provido. (DISTRITO FEDERAL, 2015, grifo nosso)

Da mesma forma, já decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DA COMPANHEIRA SOBREVIVA. FIXAÇÃO DA PENSÃO EM VALOR CAPAZ DE RECOMPOR O NÍVEL ECONÔMICO EM QUE VIVIA AO TEMPO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE FATO NOVO. 1. **Os alimentos compensatórios servem ao reequilíbrio econômico do companheiro que, após o fim da vida conjugal, ficou afastado da administração dos bens comuns, não tendo acesso aos seus frutos.** 2. O valor da pensão compensatória deve ser suficiente para proporcionar ao consorte, um nível de vida semelhante àquele que tinha quando da constância da união. 3. Nega-se provimento ao agravo regimental quando este apenas renova a discussão ocorrida no recurso de agravo de instrumento, não tendo sido apresentado pela agravante fundamento novo a ensejar a alteração do entendimento anteriormente firmado. Recursos conhecidos e desprovidos (GOIÁS, 2014, grifo nosso)

Todos as ementas apresentadas tratam dos alimentos compensatórios como se estes fossem devidos antes da partilha dos bens comuns do casal.

Não obstante o equívoco conceitual seja dominante na jurisprudência pátria, há decisões acertadamente proferidas, demonstrando que pequena parte dos aplicadores do direito compreendem o instituto.

No Tribunal de Justiça de Goiás verifica-se na ementa abaixo a aplicação conceitualmente correta dos alimentos compensatórios. A decisão especifica como uma verba indenizatória, de caráter permanente ou não, em razão da perda do padrão de vida de um dos ex-cônjuges que não possui riquezas materiais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. LICITUDE. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Apreciação do recurso sob a égide do CPC/73 à luz da teoria do isolamento dos atos processuais e aplicação do princípio tempus regit actum. 2. O agravo de instrumento tem natureza secundum eventum litis, devendo o Relator limitar-se ao exame do acerto ou desacerto do que fora decidido pelo Juiz de Direito na instância singela, sendo defeso conhecer de questões não apreciadas pelo juízo singular, sob pena de supressão de instância. 3. Os alimentos provisórios visam atender às necessidades básicas do alimentado até o final do feito, pois somente através do aprofundamento da cognição é que se terá o conhecimento da real situação fático-econômica das partes. 4. Considerando o binômio necessidade-possibilidade, viável a modificação dos alimentos provisoriamente fixados, com vistas a suprir as necessidades dos alimentandos no curso da demanda. 5. **Cediço que a pensão compensatória tem por escopo indenizar, por prazo determinado ou não, o desequilíbrio econômico advindo da brusca perda do padrão sócio-econômico do cônjuge desprovido de maiores riquezas materiais, minorando os efeitos deletérios causados pela abrupta indigência social causada pela separação ou com o divórcio judicial.** 6. **Não vislumbrada desigualdade econômica, hábil a ensejar o pensionamento compensatório, sobretudo porque ausente a necessária comprovação da necessidade da prestação em comento, não há falar em pagamento de alimentos compensatórios.** AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (GOIÁS, 2016, grifo nosso)

O Tribunal do Distrito Federal negou provimento ao apelo que pleiteava os alimentos compensatórios utilizando-se corretamente do conceito:

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DISPARIDADE DE PATRIMÔNIO. NECESSIDADES NÃO COMPROVADAS. PLANO DE SAÚDE FUNCIONAL DO EX-COMPANHEIRO. PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. REPASSE DO VALOR CORRESPONDENTE. ANUÊNCIA DO ALIMENTANTE. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Nos termos do art. 1695 do Código Civil, são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

2. A obrigação alimentar ora analisada resulta do dever de mútua assistência e da solidariedade familiar que deve pautar a vida afetiva dos familiares, no caso, de ex-companheiros (Lei 9.278/96, arts. 2º, III, e 7º c/c CC, arts. 1.704, caput, e 1.724).

3. Malgrado incontroversa a necessidade da ex-consorte mulher no que tange a sua permanência no plano de saúde funcional do ex-companheiro e ao recebimento do valor correspondente ao auxílio-alimentação percebido por este, eis que o apelado assim anuiu, resta demonstrado no feito que a alimentanda possui renda e bens suficientes para acudir suas demais necessidades.

4. No caso vertente, **não há que se falar em desequilíbrio econômico entre as partes, a justificar a imposição de alimentos de caráter compensatório, na medida em que ambas lograram auferir patrimônio similar, sendo a renda atual da autora suficiente para acudir suas necessidades**, com a ressalva daquilo que espontaneamente o réu ofertou e **sem olvidar que o término de um relacionamento familiar implica em mudança do padrão de vida não raras vezes para pior.**

5. Não havendo comprovação da efetiva necessidade de receber alimentos do ex-companheiro, senão apenas em relação ao que o pretense alimentante se dispôs a arcar, impera que seja dado parcial provimento ao apelo da autora apenas para que a sentença melhor represente o que restou verificado nos autos a respeito do valor correspondente ao auxílio-alimentação do réu.

6. RECURSOS CONHECIDOS. DADO PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA E NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE. (DISTRITO FEDERAL, 2014, grifo nosso)

Ainda que haja julgados que compreendem o conceito dos alimentos compensatórios, estes são menos expressivos no país.

De todo modo, o trabalho demonstrou que a compreensão do instituto pelos juristas não se mostra suficiente para legitimá-lo no ordenamento jurídico já que é totalmente incompatível com conceitos e institutos já presentes no sistema. Este apêndice limitou-se a demonstrar a mencionada confusão conceitual existente no Poder Judiciário em relação aos alimentos compensatórios, apresentando julgados de tribunais distintos.